

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría de Investigación en Derecho

Mención en Derecho Tributario

**La naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social del trabajador  
en relación de dependencia y del empleador**

Carlos Andrés Orellana Jimbo

Tutor: Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo

Quito, 2019





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Carlos Andrés Orellana Jimbo, autor de la tesis titulada “La naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social del trabajador en relación de dependencia y del empleador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster de Investigación en Derecho, mención Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

15 de noviembre de 2019

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El aporte a la seguridad social del trabajador en relación dependencia y del empleador se exige de forma coercitiva mediante ley acorde con la típica expresión del poder de imperio del Estado, sin mediar la voluntad del administrado y que lo relaciona con la categoría de tributo. Esta investigación busca dar respuesta a la naturaleza jurídica del aporte obrero patronal, cuestión que resulta controvertida por la divergencia de criterios que existen sobre su connotación tributaria en atención a su forma de creación legal y de su obligatoriedad.

Este trabajo de investigación recurre a la doctrina como fuente del derecho para hacer una revisión y análisis teórico sobre la naturaleza del aporte obrero patronal, que es útil para distinguir sus elementos constitutivos y que conllevan a afirmar su condición de prestación patrimonial pública, su identificación como tributo a la luz del Derecho tributario y su correcta categorización visibilizando su acercamiento a la categoría de impuesto y contribución parafiscal, a la vez su distanciamiento con la tasa y la contribución especial con relación únicamente al hecho generador que las caracteriza.

Estos presupuestos doctrinarios junto con la revisión de la construcción normativa del aporte obrero patronal en el Estado ecuatoriano demuestran en una dimensión material la relación jurídica tributaria existente entre el IESS y los trabajadores dependientes y sus empleadores. Con la utilización de criterios hacendísticos como destino y costo del servicio se puede catalogar al aporte obrero patronal como un tributo vinculado, denominándose como una contribución parafiscal por ser exigido por una ley especial cuyo destino trastoca el principio de unidad de caja y de universalidad del presupuesto estatal, configurando así una hacienda paralela, cuyos recursos sirven para financiar concretamente el Sistema de Seguridad Social, respondiendo a la concreción de un derecho fundamental. Esta correcta categorización exige que se respete los principios tributarios de reserva de ley y legalidad, y permite contar con una visión real de la presión fiscal.

**Palabras clave:** seguridad social, aporte obrero patronal, prestación patrimonial pública, tributo vinculado, contribución parafiscal, presión fiscal



A mis padres, la razón de mi existencia;

A mi abuelo Homero, mi fuente de motivación;

A mi esposa, mi compañera de vida.





## **Agradecimientos**

Finalizado este trabajo de investigación tengo la necesidad imperiosa de agradecer infinitamente a quienes me acompañaron en el desarrollo de mi programa de estudio de posgrado.

A Dios por poner en mi vida oportunidades académicas que coadyuvaron a mi crecimiento personal y por permitirme superar cualquier vicisitud en este andar de aprendizajes.

A la Universidad Andina Simón Bolívar por brindarme el espacio para crecer profesionalmente, especialmente en la persona del Dr. César Montaña Galarza por creer en los sueños académicos de los jóvenes del Ecuador. A la Dra. Eddy de la Guerra, una maestra por naturaleza, quien compartió sin reserva sus conocimientos en derecho financiero y tributario, y sobretodo me brindó los aportes necesarios que consolidaron la base de esta investigación.

Al Dr. Juan Carlos Mogrovejo, un querido docente, quien con su capacidad intelectual innegable y excelente predisposición me dio la guía necesaria para culminar este trabajo de investigación. Su don de servicio a sus alumnos ensalza su personalidad que conjuntamente con sus vastos conocimientos, lo convierten en una persona de admiración.

A mis padres, mis maestros de vida, quienes con su amor y enseñanzas en valores formaron mi personalidad. Ellos se constituyen en el ejemplo a seguir en mi vida. Su apoyo incondicional, así como sus consejos son el impulso de mis propósitos.

A mi querida hermana, por llenar de alegría mi vida, sus palabras de aliento me obligaron a dar el mayor esfuerzo académico en esta meta.

A mi esposa María Verónica Narváez, mi compañera de vida, por su infinito amor y soporte incondicional en este proceso académico. Ella siempre me acompañó en este recorrido académico a pesar de la distancia geográfica que nos separaba de cuerpos pero no de almas.

A mi tía María Luisa Jimbo, por acogerme como su hijo durante mi estadía en la ciudad de Quito. Su cariño, apoyo y cobijo familiar me hizo sentir como en casa y se convirtió en una guía y consejera hasta alcanzar esta meta académica.



## Tabla de contenidos

Introducción .....	13
Capítulo primero: Una mirada histórica a la seguridad social en Ecuador y la fiscalidad del aporte contributivo .....	15
1.    Nacimiento y objeto de la seguridad social .....	15
2.    Fuentes de financiamiento de las prestaciones de la seguridad social.....	26
3.    El aporte a la seguridad social como prestación patrimonial pública.....	28
3.1. Concepto .....	29
3.2. Objeto .....	32
3.3. Elementos .....	34
4.    El aporte a la seguridad social como tributo.....	38
4.1. Aproximación teórica hacia el impuesto .....	43
4.2. Distanciamiento teórico respecto a la tasa.....	51
4.3. Aproximación teórica hacia las contribuciones especiales.....	57
4.4. El aporte a la seguridad social como exacción parafiscal .....	62
Capítulo segundo: El aporte a la seguridad social en el derecho comparado y su caracterización en el Ecuador .....	69
1.    El aporte a la seguridad social en el Derecho comparado .....	69
1.1. El aporte a la seguridad social en España.....	69
1.2. El aporte a la seguridad social en Colombia.....	72
1.3. El aporte a la seguridad social en México .....	74
2.    El aporte a la Seguridad Social en Ecuador.....	77
2.1. La relación jurídica del trabajador dependiente y de su empleador con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.....	77
2.2. El aporte a la seguridad social desde la perspectiva del empleador .....	83
2.3. El aporte a la seguridad social desde la perspectiva del trabajador.....	87
2.4. Caracterización idónea .....	89
2.5. Consecuencias de una caracterización idónea .....	94
Conclusiones.....	97
Bibliografía .....	99



## **Introducción**

La seguridad social es un servicio público que necesita ingentes recursos económicos para garantizar el cumplimiento del conjunto de prestaciones asistenciales y patrimoniales que le constituyen. Es un derecho de las personas y una obligación del Estado para con los ciudadanos, que implica la creación de fuentes de financiamiento que cubran su gasto. Una de esas fuentes es el aporte contributivo de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores, exigido no solo en Ecuador sino dentro del ordenamiento jurídico de distintos países.

A la vista de los aportantes es una detracción patrimonial exigida unilateralmente, alejada del principio de voluntariedad y que por creación legal les corresponde pagar al empleador y trabajador sin mediar voluntad de pago. Esta imposición de aportar invita a la revisión de su naturaleza jurídica porque mucho se habla de su pertenencia al conjunto de tributos debido a su coacción.

Resulta inevitable responder a esta interrogante por la ausencia de un concepto de aporte a la seguridad social en el contexto normativo nacional y por la divergencia de criterios doctrinarios existente con respecto a su esencia fiscal que abunda en la doctrina internacional y poco en el estudio nacional. Esto justifica la relevancia de contribuir al debate para alcanzar una respuesta que satisfaga la necesidad de conocer sobre su naturaleza jurídica conforme al marco legal ecuatoriano.

El objetivo de esta investigación no es fácil, se necesita tomar un posicionamiento propio que recurra a conceptos básicos de la teoría clásica del tributo, a nuevas formulaciones que la han remozado y a la revisión de parámetros de la ciencia de las finanzas públicas que sean útiles para formular una correcta caracterización del aporte obrero patronal y detectar los efectos que implicaría su identificación.

Este cometido investigativo se desarrolla en dos capítulos. En el primero se realiza una revisión bibliográfica e historiográfica que expone el nacimiento de la seguridad social en el contexto internacional y nacional como consecuencia de las luchas de los trabajadores y masa proletaria. Su paso de asistencia estatal como resultado de la relación laboral a razón de ser de la condición propia del ser humano, llámese derecho fundamental, implicó que los Estados exijan a los beneficiarios de la acción protectora

estatal cancelar obligatoriamente un aporte contributivo a la seguridad social. La reflexión sobre la naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social fue desatendida, solo preocupaba la obtención de ingresos públicos para cumplir con su deber jurídico estatal. La forma de su nacimiento expone el reconocimiento del aporte obrero patronal como prestación patrimonial pública.

Esta categorización al ser general, conmina a revisar el aporte obrero patronal a la luz del Derecho tributario para afirmar la esencia fiscal del mismo y concluir que es parte del género tributario. Esta investigación se suma al consenso doctrinario de considerar al aporte obrero patronal como tributo. El elemento hecho generador, clave para diferenciar a las categorías tributarias, se utiliza conjuntamente con la revisión de los elementos integrados del impuesto, tasa, contribución especial y contribución parafiscal para realizar un estudio dogmático de aproximación o distanciamiento a cada una de estas especies tributarias.

El segundo capítulo recurre al Derecho comparado para tomar referencias normativas sobre la esencia jurídica del aporte obrero patronal que sirvan para constatar su naturaleza fiscal, las cuales resultaran útiles para evidenciar la relación jurídica entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los trabajadores en relación de dependencia y los empleadores en el contexto ecuatoriano. A este análisis teórico dogmático se añade conceptos hacendísticos, que articulados con el Derecho tributario resuelven con una mirada ecléctica la caracterización idónea del aporte obrero patronal y sus efectos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La presente tesis expuesta en forma sintetizada enriquece el debate doctrinario sobre la naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social, brinda pautas teóricas que reconocen la esencia tributaria del aporte obrero patronal como un tributo vinculado, en la categoría de contribución parafiscal por contener elementos *sui generis* que alterando la clasificación clásica del tributo y desatendiendo la categoría de tributos ortodoxos (impuesto, tasa y contribución especial) han puesto en escena la contribución parafiscal sustentada en la combinación de criterios tributarios y hacendísticos, como se ha mencionado en líneas anteriores.

## **Capítulo primero**

### **Una mirada histórica a la seguridad social en Ecuador y la fiscalidad del aporte contributivo**

El presente capítulo inicia con un desarrollo descriptivo sobre la seguridad social desde su nacimiento en el contexto mundial y nacional, cuyo avance social y legal expone visiblemente la razón de su actual reconocimiento como derecho fundamental de las personas. A su vez, esta mirada hacia el pasado sobre la seguridad social, que incluye su revisión bibliográfica y normativa, muestra el alcance de este derecho y resalta de manera detallada las fuentes de financiamiento que sirvieron para cubrir el gasto público que ocasionaba su aplicación y administración.

La lectura de estos aspectos de la seguridad social devela que su evolución dogmática y legal ha sido fruto de su estrecha vinculación con el derecho al trabajo, lo que ha ocasionado la falta de atención sobre las prestaciones dinerarias exigidas a los destinatarios beneficiarios de tales asistencias; por lo que es notorio el descuido respecto a la esencia jurídica y financiera de estas obligaciones, hoy llamadas aportes o cotizaciones a la seguridad social.

Este último aspecto será analizado desde la óptica tributaria para conocer la naturaleza jurídica del aporte contributivo a la seguridad social, que en primer término acepta su connotación fiscal y finaliza con la segregación de los elementos de cada una de las figuras tributarias ortodoxas y también de la exacción parafiscal con el objeto de determinar su aproximación teórica hacia una o varias de ellas.

#### **1. Nacimiento y objeto de la seguridad social**

El desarrollo histórico tomando como punto de partida la Revolución Industrial en el contexto internacional demuestra los importantes avances estructurales en materia social y económica que han vivido los países; fruto de las grandes luchas sociales impulsadas por las masas de trabajadores y proletariado que tenían como objetivo la obtención de mejores condiciones de vida y la protección del Estado en el ámbito laboral y social. El cometido ideológico de estos movimientos sociales resultó plausible y los

Estados bajo un paradigma social y humano promovieron el fortalecimiento de los servicios públicos y el reconocimiento de los derechos y libertades considerados esenciales para una mejor autorrealización del ser humano como persona.

En ese marco de reconocimiento de derechos se encuentra la seguridad social, promovida en su inicio como asistencia pública, y hoy en día catalogada como un derecho humano esencial e irrenunciable. Su surgimiento desde las fuertes luchas de los trabajadores dentro de los procesos de industrialización en el siglo XIX hasta su solidificación contribuyó a su desarrollo sistemático como derecho, cuyo objeto de protección ha sufrido ampliaciones hasta su actualidad.

En un primer escenario, la obtención de seguros sociales tenía como objeto la protección al trabajador en caso de *enfermedad, accidente, invalidez y vejez*. Estos logros de protección social se vieron materializados mediante tres leyes impulsadas por el canciller Alemán Otto Von Bismarck que de acuerdo a su orden cronológico son: Seguro contra enfermedad en 1883, Seguro contra accidentes laborales en 1884; y, Seguro contra invalidez y Vejez en 1889; instituyéndose de esta manera por primera vez un sistema de seguridad social.

Un segundo escenario y más extensivo sobre la seguridad social se da en Inglaterra en el año 1942, cuando Sir Beveridge, presenta su plan conocido como “Informe Beveridge” cuyo objetivo prioritario era abolir la indigencia. Se caracterizó además por *integrar a la seguridad social a más de los seguros sociales, la asistencia médica y los seguros voluntarios*,<sup>1</sup> otorgando de esta manera un concepto más amplio de seguridad social. Este plan de seguridad social es adoptado por algunos países de Europa y extrapolado a América Latina.

Posteriormente, luego de haber concluido la Segunda Guerra Mundial, el concepto y alcance de la seguridad social trasciende tras aparecer como postulado de la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, pues pasa de ser una facultad del Estado a un derecho del individuo que reclama acciones de protección social, cuya definición se encierra en las siguientes líneas:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían, la

---

<sup>1</sup> Manuel Posso Zumarraga, “La seguridad social en el derecho comparado”, *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador* (Octubre de 2007): 8.



desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.<sup>2</sup>

Esta definición no puede generalizarse. El concepto de seguridad social no es el mismo en todos los países debido a la amplia variedad de sistemas de seguridad social, cuyas estructuras son ajustadas a la realidad económica y social de los países, sean estos de renta alta o baja. Por esta razón, “las clases de cobertura, niveles de prestación y técnicas de financiación difieren notablemente entre los diferentes países, lo que hace difícil poder encontrar una definición internacionalmente válida de lo que se entiende por seguridad social”.<sup>3</sup>

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social define a la seguridad social como “el derecho del hombre a la cobertura integral de sus contingencias y a que se le garanticen los medios para el desarrollo pleno de su personalidad y para su integración permanente con la comunidad”.<sup>4</sup>

Estos postulados reflejan la evolución de la seguridad social. El paso de prestaciones asistenciales como resultado de una relación laboral a una razón de ser de la condición propia del ser humano. Al respecto, Isabel Goyes y Mónica Hidalgo señalan “Las prestaciones de la seguridad social, pasaron de ser consideradas actos de generosidad del Estado a los particulares, para convertirse en auténticos derechos humanos, que exigen para su validez acciones positivas de diversos gobiernos”.<sup>5</sup>

En el contexto nacional, la evolución dogmática de la seguridad social ha ido a la par con los acontecimientos relacionados con su configuración primaria hasta su reconocimiento como derecho fundamental en la Constitución Política de 1998 y en la actual Constitución de la República aprobada por referéndum en el año 2008.

El nacimiento de la seguridad social en el escenario ecuatoriano se remonta a los años veinte y treinta del siglo XX, en un país manejado por la burguesía agroexportadora

---

<sup>2</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Administración de la Seguridad Social*, edit. por C. Solorio (Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2001), 6, [https://books.google.com.ec/books?id=GAWbeY6wqWC&pg=PA6&dq=la+administracion+de+la+seguridad+social&hl=es&sa=X&redir\\_esc=y#v=onepage&q=la%20administracion%20de%20la%20seguridad%20social&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=GAWbeY6wqWC&pg=PA6&dq=la+administracion+de+la+seguridad+social&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=la%20administracion%20de%20la%20seguridad%20social&f=false).

<sup>3</sup> Emilio Albi Ibáñez y José García Ariznavarreta, *Sistema fiscal español*, vol. 2, 11<sup>va</sup>. ed. (Barcelona: Ariel, 1996), 979.

<sup>4</sup> Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Revista Nro. 1 (Madrid:1976.): 10.

<sup>5</sup> Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo Oviedo, *Principios de la Seguridad Social en Pensiones* (Nariño: Universidad de Nariño/CIESJU,2012), 55.

y bancaria cuyo poder permitía imponer a los gobiernos liberales que se sucedieron desde 1895 hasta 1925, homogeneizar la economía e inclusive conducir los poderes centrales del Estado de acuerdo a sus intereses.

Frente a esta situación, la Revolución Conchista de 1913-16 y la insurgencia social obrera guayaquileña de 1922 empezaron una lucha contra la alianza oligárquica que tenía el control hegemónico del país para amenazar la continuidad de su régimen en el poder y reclamar por una mayor protección del Estado por medio de leyes que protejan al obrero en el ámbito laboral por accidentes de trabajo, asistencia médica, reglamentación de horas laborales, establecimiento de cajas de ahorro y monte de piedad.<sup>6</sup> Estas peticiones eran planteadas por los sectores labores organizadas bajo la Conferencia Obrera Ecuatoriana, cuya arma de presión contra los patronos y el régimen fue la huelga.

Estas luchas obreras dieron como resultado la obtención de mejores condiciones laborales, alcanzando la constitución del primer programa de seguridad social tras la expedición de la Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa el 08 de marzo de 1928 y publicada en el Registro Oficial Nro. 591 del 13 de marzo del mismo año,<sup>7</sup> siempre y cuando no se tome en cuenta el existente sistema legal protector de los militares frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte por los riesgos que se presentaban en el ejercicio de su profesión.

Bajo la aplicación de esta Ley de Jubilación se creó la Caja de Pensiones en beneficio de los empleados públicos y bancarios del país quienes en calidad de afiliados amparados por esta normativa gozaban de jubilación, montepío civil, retiro y montepío militares, cooperativa mortuoria y préstamos a los empleados.<sup>8</sup> A esa fecha no se incorporaba aún el programa de asistencia médica y protección de riesgos del trabajo.

Además, estos beneficios se extendían a las personas en general mediante el establecimiento previo de una renta anual imponible que sirviese de base para el cálculo de los descuentos para jubilación y ahorro. En ese sentido, quienes accedían a estos beneficios era un grupo minúsculo y la materia gravada para el cálculo de la prestación dineraria consistía en *los ingresos provenientes de su trabajo*, dejando a cualquier ciudadano la opción de acceder a estas prestaciones sociales mediante una imposición

---

<sup>6</sup> Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Historia del seguro social ecuatoriano*, (s.l.: IESS, 1984), 22.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, 41.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 43.

destinada para el régimen de jubilación y ahorro. Su cometido institucional no contemplaba como objeto las prestaciones médicas a los afiliados.

La cobertura del seguro social, pese a ser humanitario, era limitado al proteger únicamente a los empleados públicos y no a los empleados privados u obreros. Además, era un sistema social con poco desarrollo técnico con respecto al proceso de afiliación y al financiamiento de las prestaciones.

Otro dato relevante es la denominación de institución crediticia que recibió la Caja de Pensiones, lo cual implicaba una jerarquización de objetivos centrados a fomentar el ahorro de los aportantes y la colocación de créditos para los mismos. Es evidente el sentido cooperativista antes que prestacionista. Los aportantes recibían como contraprestación a sus ahorros una pensión jubilar y un fondo de montepío para sus familiares ante su fallecimiento.<sup>9</sup> La cotización a la seguridad social era estrictamente previsional.

La Comisión Especial nombrada por el Gobierno de esa época proponía reformas a esta ley como la creación del aporte patronal con una tarifa progresiva desde 1936 hasta 1938 e imponer el aporte del 10% del último sueldo para los afiliados voluntarios, entre otras.

Durante el debate efectuado por la Cámara de Diputados del Ecuador se expuso la necesidad imperiosa de aumentar los ingresos y disminuir las obligaciones de la Caja para crear recursos destinados a salvar de la bancarrota a la Caja de Pensiones.<sup>10</sup> El descuido en la administración y financiamiento de los aportes del afiliado ocasionaron una crisis presupuestaria que volvía necesario estructurar las fuentes del financiamiento de la seguridad social.

Un año más tarde se expidió la primera Ley de Seguro Social Obligatorio (05 de diciembre de 1935), que marcó el inicio de una transformación social en miras de proteger no solo a una parte de la población trabajadora del país sino a toda ella. Se recogió el principio de universalidad de la seguridad social.

En un trabajo institucional elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se indicó que en este texto normativo las disposiciones más relevantes eran:

---

<sup>9</sup> Ecuador, *Ley de Jubilación, Montepío, Ahorro y Cooperativa Seguridad Social*, Registro Oficial 590, 13 de marzo de 1928, art. 1.

<sup>10</sup> Ecuador Cámara de Diputados, *Acta número Nro. 21 de la Sesión Ordinaria sobre Exposición de motivos de reformas a la Ley de Jubilación y Montepío Civil*, Quito, 07 de septiembre de 1934.

“fijaba como campo de su aplicación (sector público y privado) y establecía la contribución bipartita (patronal y laboral) para la cobertura de riesgo [...] consagraba la existencia de la Caja de Pensiones como entidad aseguradora con personería jurídica y patrimonio propio diferenciado de los bienes del Estado [...] la creación del Instituto Nacional de Previsión como entidad rectora del sistema nacional de Seguros Sociales”.<sup>11</sup>

Estas normas legales impondrían la contribución del empleador para coadyuvar en el financiamiento de la seguridad social utilizada para la cobertura de riesgos laborales. Además, se diferencia la obtención de estos aportes como recursos diferentes a los del Estado.

Por otro lado, esta base legal sirvió para crear la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros en el año de 1935 destinada exclusivamente a la protección de todos los empleados y trabajadores del sector privado. El Instituto Nacional de Previsión se convirtió en el ente rector encargado del desarrollo e implementación de la seguridad social. Su labor se centró en el manejo de la Caja de Pensiones perteneciente al sector público y la Caja del Seguro al sector privado.

La existencia de dos entidades encargadas de dar cumplimiento a las prestaciones de seguridad social muestra no solo la clasificación del trabajo sino la existencia de dos entidades autónomas que en función de los aportes de sus afiliados se encargaban de cumplir sus cometidos. Este antecedente visibiliza la sectorización del aporte y la coexistencia de dos sujetos con derecho de crédito tomando en cuenta la característica del trabajador en el sector público o privado.

En relación a las fuentes de financiamiento, punto relevante para el desarrollo de esta investigación, estos dos entes autónomos contaron en sus presupuestos con los aportes patronales y los aportes del trabajador en relación de dependencia. Estos ingresos fueron fundamentales para cubrir las erogaciones por concepto de seguros sociales.

La Cámara de Diputados se refirió sobre la naturaleza de estos aportes, aunque de forma escueta, para concluir que las rentas de la Caja de Pensiones son obtenidas en virtud de las leyes del Estado y por ende “no son voluntarias, sino forzosas, obligatorias, exigidas por la Ley”.<sup>12</sup> Esta posición resalta más la esencia fiscal del aporte de los

---

<sup>11</sup> Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Historia del seguro social ecuatoriano*, 66.

<sup>12</sup> Ecuador Cámara de Diputados, *Acta número Nro. 39 de la Sesión Ordinaria sobre Tercera discusión del Proyecto de Reformas a la Ley de Jubilación y Montepío Civil, Quito, 28 de septiembre de 1934.*

empleados públicos y bancarios a la seguridad social, pese a que en ningún momento se concluyó tajantemente su identificación como tributo.

Otras fuentes generadoras de recursos para el Instituto Nacional de Previsión fueron: El descuento hasta el 50% del sueldo del primer mes de ingresos al régimen del Seguro y el descuento hasta el 50% del aumento del sueldo en un mes.<sup>13</sup> Esta normativa demuestra un mayor ejercicio del poder de imperio del Estado al obligar a los empleados a aportar parte de su sueldo (renta cedular).

Otro punto relevante sobre la obtención de ingresos fue la ampliación de la fuente asistencial vía recursos provenientes de las sucesiones intestadas, de un impuesto adicional del 10, 15, 23 y 30% sobre las donaciones entre vivos y las transmisiones por causa de muerte, y de un impuesto adicional a la renta. Estos ingresos son el resultado de la asistencia estatal que deviene del presupuesto estatal porque son recursos obtenidos por la recaudación de impuestos y con destino al Seguro Social del Obrero y Campesino.<sup>14</sup>

Más adelante surgieron problemas de déficit para las Cajas del Seguro Social, siendo en ese momento indispensable modificaciones legales que buscasen el equilibrio entre los aportes de los afiliados y el costo de las prestaciones sociales, focalizando un desarrollo normativo que contenga las fuentes de recursos necesarias para financiar las prestaciones a cargo de estas cajas.

Después de esa etapa e iniciando un segundo período de la seguridad social se expidió la nueva Ley de Seguridad Social Obligatorio en el gobierno de Carlos Arroyo del Río con fecha 14 de julio de 1942. Esta ley estableció la sujeción al Seguro Social de los empleados privados, los obreros y los empleados públicos que presten sus servicios o ejecuten una obra, en virtud de un contrato o por nombramiento.<sup>15</sup>

Esta descripción normativa implicó el establecimiento del hecho o condición que una vez cumplido daría nacimiento a la obligación de aportar. En términos tributarios se lo conoce como hecho generador.

Otro cambio legal fue el destino de estos recursos. Se determinó como obligación formal del patrono remitir los aportes personal y patronal a las dos Cajas del Seguro Social. La destinación específica de los aportes motiva a presumir la instauración de un

---

<sup>13</sup> Ecuador, *Ley que crea el Seguro General Obligatorio y establece el Instituto Nacional de Previsión*, Registro Oficial 10, 08 de octubre de 1935, art.6.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, art. 12.

<sup>15</sup> Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Historia del seguro social ecuatoriano*, 73.

modelo fiscal concertado en la creación de haciendas paralelas manejadas y administradas por organismos separados a la estructura del Estado central.

También nace como fuente de financiamiento la obligación del Estado de aportar con el 40% para el Sistema de Pensiones. Esta cuantiosa aportación viene directamente del Presupuesto General del Estado, razón por la cual se la llama fuente asistencial. Por otro lado, el empleador comienza a cumplir el rol de sujeto pasivo del aporte patronal y su condición de agente de retención del aporte del trabajador.

Esta ley diferenció los recursos de las Cajas de Previsión, separando expresamente las fuentes de ingresos para la Caja de Pensiones<sup>16</sup> y la Caja del Seguro.<sup>17</sup> También introdujo la denominación de imposición personal y patronal en vez del término aporte, lo que conducía a la utilización de un vocabulario tributario debido a la falta de voluntariedad de los aportantes y la exigibilidad para su pago desde una ley especial. Con respecto a los afiliados voluntarios de ambas cajas se estableció como materia gravada la renta declarada, fijando la tarifa del 14% para los afiliados de la Caja de Pensiones y el 12% para los afiliados de la Caja del Seguro.

Existe una vinculación tácita a la regulación tributaria desde esta ley de contenido social al utilizar los sueldos y la declaración a la renta para los afiliados como materia gravada para la cuantificación de los aportes a la seguridad social. También se suma otro

---

<sup>16</sup> Ecuador, *Ley del Seguro Social Obligatorio*, Registro Oficial 574, 25 de julio de 1942, art. 34. Son fondos de las Cajas de Pensiones: b) La imposición personal del 7% de los sueldos de los afiliados obligados de la Caja, salvo de aquellos que se refiere la letra g), c) La imposición personal del 5% sobre las pensiones de jubilación del Estado, d) La imposición patronal del 7% de los sueldos, que pagarán las Instituciones Bancarias por sus funcionarios y empleados, e) La imposición patronal del 7% de los sueldo, que pagarán las Municipales y más entidades públicas financieramente descentralizadas, f) El aporte patronal del Estado, igual al 3% de los sueldos de sus funcionarios y empleados, g) La imposición del 14% que pagarán los funcionarios y empleados del Poder Judicial u otras dependencias que presten servicios publicas mediante remuneración variable no fijada en los Presupuestos periódicos, sino establecido en aranceles u otro forma. Esta imposición se calculará sobre las remuneraciones o sueldos de los Presupuestos Fiscales a los cuales se asimilen los respectivos cargos, según resolución del Instituto, h) La imposición del 14% sobre la renta declarada, que pagarán los afiliados voluntarios que contare la Caja a la fecha de expedición de la presente ley, e igual imposición de los afiliados que continúen como afiliados, según el artículo 30, i) La contribución del Estado, equivalente al 40% de las pensiones que pague la Caja...”

<sup>17</sup> *Ibíd.*, art. 35. Este artículo señala: Son fondos de la Caja del Seguro: ... b) La imposición personal del 5% de los sueldos y salarios bases de los empleados privados y obreros; c) La imposición patronal del 7% de los sueldos y salarios bases; d) El aporte del 12% sobre la renta declarada, que pagarán los afiliados voluntarios con que contará la Caja a la expedición de esta Ley y los que continúen como afiliados según el artículo 30, e) Las primas del Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales a cargo exclusivo del patrono; f) La contribución del Estado, de que trata el artículo 37, g) Los aportes personales para el Seguro Familiar Voluntario a que se refiere el artículo 21, los cuales fijará el Instituto en un Reglamento especial, de acuerdo con el Departamento Matemático-Actuarial...”

gravamen para el empleador porque a más del aporte patronal debe cancelar una prima para la cobertura del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Esta distinción entre aporte patronal y prima hace que, el primero se acerque más al Derecho tributario al ser una prestación que no genera ningún beneficio para el empleador porque la prima se configura como la prestación que brindan a la masa trabajadora ante contingencias por accidentes de trabajo.

Sobre el objeto de la seguridad social, las prestaciones sociales que otorgó el Instituto de Previsión por intermedio de sus cajas eran: el Seguro de Enfermedad y Maternidad, el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y el Seguro de Viudez y Orfandad, los cuales se mantienen hasta la actualidad con un mejor desarrollo técnico y normativo.

Más adelante en el año 1964 se amplía y completa las prestaciones del Sistema de Seguridad Social con el Seguro de Riesgos del Trabajo para proteger al trabajador en todos los casos de extensión o disminución de sueldo o salarios.

En este mismo período, la Junta Militar de Gobierno que gobernaba el país expidió el Decreto Nro. 517 de fecha 19 de septiembre de 1963 mediante el cual se fusiona las Cajas de Pensiones y la Caja de Seguros, conformándose únicamente la Caja Nacional del Seguro Social. Este cambio normativo dio un paso gigantesco para la unificación del seguro social y la eliminación de la segregación laboral por la categoría de empleado público o privado.

Es más, en este cuerpo normativo se extendió el régimen de seguridad social para los trabajadores agrícolas, artesanos, trabajadores de servicio doméstico, trabajadores a domicilio, profesionales y, en general, a todos los grupos labores que necesiten sus protecciones.<sup>18</sup> Esta ampliación quedó en reconocimiento formal por ser inejecutable en la práctica.

Una vez constituido el sistema de seguro social obligatorio y con el ánimo de contar con un ente que supervise las prestaciones y maneje los recursos de la Caja Nacional del Seguro Social se creó el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social llamado así hasta la actualidad como un entidad autónoma con personería jurídica y fondos propios distintos a los del fisco estatal, mediante Decreto Nro. 40 de 25 de julio de 1970.<sup>19</sup> Esta norma de forma taxativa separó los recursos del Presupuesto General del Estado con los

---

<sup>18</sup> Ecuador, *Decreto Supremo Nro. 517*, Registro Oficial, 19 de septiembre de 1963.

<sup>19</sup> Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Historia del seguro social ecuatoriano*, 359.

obtenidos por la aportación a la seguridad social. Estos recursos no ingresaron a la hacienda estatal ni para su estimación.

El desarrollo normativo e historiográfico de la seguridad social muestra el avance estructural del sistema de seguridad social en el Ecuador y su reconocimiento como derecho fundamental en la Constitución Política de 1998. No obstante, esta evolución normativa preocupada por la configuración de fuentes de financiamiento desatendió la naturaleza jurídica de los aportes obligatorios. No existió un criterio jurídico sobre la definición de las fuentes de financiamiento al establecerse por ley una prestación pública que alimentaba un presupuesto institucional y no la hacienda fiscal del Estado, y cuyo destino consistía en cubrir los gastos relacionados con un derecho primordial de la humanidad. Bajo la óptica financiera, este hecho era predecible y justificable si se considera las implicaciones hacendísticas del cambio hacia un Estado prestacionista; sin embargo, un análisis jurídico tributario en su momento hubiera exigido dilucidar la naturaleza de esta fuente contributiva proveniente de la masa trabajadora y de sus empleadores.

Años posteriores, al finalizar el siglo XX, el sistema de seguridad social amplió su objeto de protección y protegió a sus afiliados en las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte.<sup>20</sup> La Constitución Política de 1998 sirvió de fundamento teleológico y constitucional para materializar el proyecto de reformas a la Ley de Seguridad Social elaborado por la Comisión interventora del Instituto de Seguridad Social, cuyo plexo normativo fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46 el 30 de noviembre de 2001.

Para Carmen Corral Salinas una de las reformas más relevantes fue la implementación de un sistema mixto de pensiones con viabilidad financiera en el largo plazo, que intentaba mejorar las pensiones incluyendo un tramo de solidaridad intergeneracional para lo que también aportaba el afiliado.<sup>21</sup> La financiación de un sistema de seguridad social por medio de un sistema de reparto y el de cuentas individuales implica la utilidad del aporte obrero patronal para el primero, y el aporte del trabajador para un fondo propio. Otra reforma a mencionarse y que se conserva actualmente, aunque

---

<sup>20</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 57.

<sup>21</sup> Carmen Corral, “Situación del sistema de pensiones en el Ecuador, la perspectiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros”, en Betty Espinosa coord. *Mundos del Trabajo: pluralidad y transformaciones contemporáneas*, 127-147 (Quito: FLACSO, 2008), 127.



en la práctica no verifica un estricto cumplimiento, es la separación patrimonial de los seguros porque ha existido manipulación de fondos de un seguro para otro.<sup>22</sup>

En la actualidad, la Constitución de la República reconoce a la seguridad social como un derecho prestacional<sup>23</sup> y señala que el sistema nacional de seguridad social bajo los principios de universalidad y solidaridad “cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud”.<sup>24</sup>

De igual manera y en correspondencia con el precepto constitucional la Ley de Seguridad Social establece similar texto sobre el objeto de las prestaciones a la seguridad social, las cuales cubren contingencias a sus afiliados en casos de: “a. Enfermedad; b. Maternidad; c. Riesgos del trabajo; d. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad; e. Cesantía y f. Seguro de desempleo”.<sup>25</sup>

Según esta ley, las prestaciones de la seguridad social son administradas individualmente por el Seguro General de Salud Individual y Familiar, el Sistema de Pensiones y el Seguro General de Riesgo de Trabajos. El Seguro Social Campesino no es materia de análisis por cuanto no se circunscribirse al tema de investigación.

De la lectura de la Constitución de la República y la ley de la materia se colige un campo de aplicación más amplio de protección a sus afiliados porque a más de las prestaciones sociales brindadas en su inicio por la Caja de Pensiones, se protege al afiliado en contingencias de paternidad y desempleo, dado esto por el marco constitucional vigente que contiene criterios extensivos con respecto a políticas públicas de género y empleo contenidas en la misma norma suprema.

---

<sup>22</sup> Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Resolución No. 501*, Registro Oficial 703, 2 de marzo de 2016. La expedición de esta resolución sirvió para trasladar un porcentaje del fondo del Seguro de Pensiones al fondo del Seguro de Salud mediante la modificación de los porcentajes que le correspondía a cada fondo.

<sup>23</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 34.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, art. 369.

<sup>25</sup> Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial, Suplemento No. 465, 30 de noviembre de 2001, art. 3.

## 2. Fuentes de financiamiento de las prestaciones de la seguridad social

Uno de los aspectos importantes para la configuración de un sistema nacional de seguridad social es el método de financiamiento que permita sostener económicamente las pensiones de los afiliados y cubrir con los gastos de sus prestaciones. Para ello cada país de acuerdo a sus condiciones políticas, económicas y sociales, y tomando en consideración el número de contingencias determinará las fuentes generadoras de recursos, vía impositiva o asistencial. Lo común en todos los países es contar entre sus fuentes de financiamiento con los ingresos producto de la determinación de las cotizaciones a la seguridad social, que de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano se las conoce como aportes.

El ingente costo que implica el desarrollo de un programa de seguridad social resulta palpable, así como las críticas que se construyen sobre sus efectos económicos indeseables y el cuestionamiento sobre el alcance de sus objetivos sociales. Sin embargo, el reconocimiento de la seguridad social como un derecho de los ciudadanos obliga al Estado, en este caso al ecuatoriano que es al que me referiré, a garantizar y materializar los cometidos sociales que constan en la Constitución de la República y la ley pertinente.

El Sistema Nacional de Seguridad Social al tener la connotación de universal conforme al principio que lo ampara, representa para el Estado una cuantiosa carga pecuniaria encaminada a solventar el conjunto de coberturas administradas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sobre este particular, Cesare Cosciani enfatiza de manera clara que la seguridad social al extenderse a toda la población implica un coste importante, constituyendo una porción elevada de la renta nacional.<sup>26</sup>

En estas circunstancias, el financiamiento como base del desarrollo de la seguridad social ha sido un elemento controvertido desde su origen. En el Ecuador desde la creación de la Caja de Previsiones se estableció el aporte de los afiliados como recurso para el financiamiento de las prestaciones que a la postre resultaría limitado provocando la imposición a los empleadores vía aporte patronal bajo el concepto de proteger a sus trabajadores de las contingencias por riesgos laborales. No obstante, al tener una ampliación del colectivo protegido conjuntamente con el incremento del número de prestaciones sociales ante varias contingencias se determinó la obligación del Estado de

---

<sup>26</sup> Cesare Cosciani, *Ciencia de la Hacienda*, 8.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1980), 795.

asistir económicamente al Sistema de Seguridad Social. De esta manera existe una fuente tripartita compuesta por el aporte de los trabajadores sean dependientes o autónomos, aporte patronal y aporte del Estado.

En la actualidad, la Constitución de la República señala las fuentes de financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, sustentado por: “el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado”.<sup>27</sup>

En este contexto normativo resulta pertinente señalar que la misma Constitución de la República crea una obligación *ex lege* y no solo la ley exige este aporte obrero patronal. De esta manera el sistema de seguridad social cuenta con dos fuentes de financiamiento. Una asistencial, que proviene de los recursos asignados por el Estado de acuerdo al presupuesto general, y una fuente contributiva proveniente de los aportes a la seguridad social de los empleadores y empleados, y/o de las aportaciones voluntarias y de los ecuatorianos domiciliados en el exterior.

La Ley de Seguridad Social enumera también las fuentes de financiamiento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, develando la existencia de otros recursos financieros, los mismos que pueden agruparse de la siguiente manera:

1. Aporte de los trabajadores en calidad de afiliados y empleadores, que en el ámbito tributario recibirían el nombre de contribuyentes.
2. Aporte del Estado conforme lo señale el Presupuesto General del Estado.
3. Rentas, intereses y frutos provenientes de los recursos patrimoniales.
4. Cualesquiera otros ingresos como por ejemplo herencia, legados o donaciones o recursos asignados en otras leyes especiales.

Cada una de estas fuentes de financiamiento genera ingresos para el Sistema Nacional de Seguridad Social que hoy en día puede ser concebido prácticamente como un sistema de ingreso y gastos tendentes a mejorar las condiciones de vida de la sociedad.

De todos estos recursos financieros, la fuente contributiva de los afiliados y empleadores se constituye como la de mayores ingresos que alimenta el presupuesto de la seguridad social administrado por el IESS. Hoy, los datos estadísticos confirman dicha

---

<sup>27</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 371.

aseveración al mostrar el acrecimiento de la fuente contributiva y la correlativa disminución de la fuente asistencial en menos de un año. Para el ejercicio económico 2015 el Estado destinó \$ 1.100 millones de dólares para el financiamiento de la seguridad social y para el 2016 la suma de \$ 126.4 millones de dólares,<sup>28</sup> dando como resultado una variación negativa de \$ 937, 64 millones de dólares.

En efecto, el aporte de los afiliados supera a la fuente asistencial del Estado, lo cual propicia concomitantemente un estudio tributario sobre el aporte del trabajador en relación de dependencia y del empleador, más que hacendístico por sus componentes similares a los de un tributo, conforme se desprende del ordenamiento jurídico vigente.

### **3. El aporte a la seguridad social como prestación patrimonial pública**

Como se señaló en el punto anterior, el aporte contributivo a la seguridad social es uno de los medios de financiamiento que cubre los gastos de las prestaciones que implican la seguridad social. De la lectura de todo el texto normativo de la Ley de Seguridad Social se considera uno de los recursos más importantes no solo para financiar el Seguro General Obligatorio sino también para cubrir el Seguro Social Campesino.

No existe una definición expresa del aporte a la seguridad social en la ley, aunque de la revisión normativa se puede extraer ciertas características básicas que lo individualizan y de esa forma poder construir un concepto doctrinario sobre esta figura.

Se presentará una construcción dogmática del concepto de aporte contributivo utilizando elementos del derecho tributario, visualizando las implicaciones fiscales y presupuestarias de su exigibilidad para conocer su esencia jurídica y sus elementos constitutivos.

Dejamos asentado que este trabajo circunscribe como objeto de investigación el *aporte obrero patronal* por sus notas características de exigibilidad y coacción, excluyendo al aporte voluntario a la seguridad social como centro de estudio. Las razones para su exclusión obedecen a la línea investigativa planteada que busca dar respuesta sobre la naturaleza del aporte a la seguridad social desde un enfoque tributario que parte de la revisión minuciosa de la falta de voluntariedad para el pago de estas exigencias

---

<sup>28</sup> Asamblea Nacional del Ecuador, “Informe proforma del Presupuesto General del Estado 2016” (Quito, 12 de noviembre de 2015), 43.

dinerarias, que en el caso del aporte voluntario existe ausencia de coacción y presencia de voluntariedad. No se pueden mezclar los conceptos jurídicos de aporte contributivo y aporte no contributivo en esta investigación porque las conclusiones a las que se arribara matizarían la esencia jurídica del aporte obrero patronal, por lo que su individualización en este estudio es pertinente para su calificación dentro de las figuras tributarias.

### **3.1. Concepto**

El aporte a la seguridad social se puede entender de manera generalizada como toda erogación realizada por los trabajadores en relación de dependencia, sus empleadores y los afiliados voluntarios, en virtud de lo que dispone la ley. Esta especificación deriva en una clasificación del aporte en personal, patronal y voluntario.

Se trata de una definición muy abierta que únicamente toma en cuenta la detracción económica que sufren estas personas y una clasificación que deviene de la condición de la persona quien realiza dicha erogación. Para evitar caer en categorías con desarrollo vago e impreciso es imprescindible centrar la atención sobre el tema partiendo desde un estudio semántico.

El legislador ha considerado llamarlo aporte por su exigibilidad para todo afiliado. Esta terminología denota el acento que ha pretendido dar el legislador al no llamarlo contribución o exacción. Su definición como aporte pretende que toda persona visualice un estado de colaboración para satisfacer los gastos de las prestaciones de la seguridad social, y que su apoyo económico está dirigido a financiar los cometidos del IESS.

No es de extrañarse su denominación como aporte si observa que uno de los principios rectores del sistema de seguridad Social es la solidaridad, por lo que desde la perspectiva del derecho a la seguridad social es aceptable. Su pretensión es denotar una contribución para el seguro social que lleva implícito la consigna de mejorar las condiciones de vida propias y de los ciudadanos.

Sin embargo, el término aporte es demasiado amplio y puede servir para hacer alusión a contribuciones de toda índole, sin observar matices de coacción por parte de quien lo exige. En el ámbito laboral se escucha aporte de solidaridad, aporte para el adecentamiento de las oficinas, todas ellas realizadas por el concurso de voluntades; voluntariedad que no está presente en el aporte del trabajador dependiente y su empleador.

En estos supuestos recae el aporte voluntario a la seguridad social al haber personas que pese a no cumplir con el presupuesto legal que da nacimiento a su obligación de aportar deciden libremente cancelar un aporte de forma mensual. Esta voluntariedad también nace por la necesidad de estar protegidos por el Sistema de Seguridad Social a través de un aporte voluntario.

Esta connotación práctica diferencia el aporte voluntario con el aporte obrero patronal. Esto último nace de un elemento esencial llamado exigibilidad al ser una exacción que ponen de relieve la coacción del Estado en exigir el pago del denominado *aporte a la seguridad social*.

El aporte personal y el aporte patronal podrían ser llamados de manera genérica como aportes no voluntarios que conducen a una mejor delimitación en su concepto al referirse a un importe de dinero que realiza tanto el trabajador como el patrono de forma mensual en función del salario del trabajador y conforme los porcentajes que determina la ley.

Con un enfoque interpretado desde la visión tributaria se genera la distinción del aporte del trabajador y aporte patronal como tributos por su exigibilidad, pero para arribar a dicha aseveración es preciso observar su connotación económica para el aportante y sus peculiaridades con la categoría de prestación patrimonial pública.

Las prestaciones patrimoniales públicas son definidas como “ingresos de Derecho Público que deben ser establecidas por Ley, y que son coactivas.”<sup>29</sup> Este concepto proporciona dos características representativas, la unilateralidad y la coacción, las cuales se visibilizan en el aporte del trabajador y del empleador.

Estos aportes son exigidos en virtud de lo que dispone la ley. En ningún momento existe concurso de voluntades para el aseguramiento y pago de aportes a la entidad encargada de la administración del seguro general obligatorio. El Estado es quien establece la obligación del pago sin mediar un ánimo de voluntariedad.

Esta exigibilidad nace al momento de cumplirse el presupuesto fáctico que da nacimiento a la obligación de dar. Para el empleador nace desde el momento de contratar a un trabajador para que labore en relación de dependencia y para el trabajador desde el

---

<sup>29</sup> Juan Martín Queralt y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 16.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Tecnos, 2005), 54.

momento que inicia a prestar sus servicios personales subordinados y remuneración. La calificación de lícitos o ilícitos no importa para su exigibilidad.

Es claro que el aporte obrero patronal es una obligación dineraria. Si se recurre a la distinción hecha por Michelli, este aporte recae en la categoría de prestación patrimonial impuesta, al comprobarse falta de libertad de elección en cuanto al cumplimiento de una obligación.<sup>30</sup>

La unilateralidad y la coacción son visibles en el aporte a la seguridad social. Son exigidas por el Estado aún contra la voluntad de los trabajadores y empleadores. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es la entidad que goza de la facultad coactiva para su exigibilidad y cobro, es quien ostenta la potestad de gestión de cobro.

Desde este punto de vista, el aporte contributivo del trabajador y empleador son una prestación patrimonial pública que deriva en un ingreso público para las arcas institucionales administradas por el IESS con el objetivo de dar cumplimiento a sus cometidos institucionales.

Este aporte recae en la especie de ingreso coactivo, llamado así por Alex Córdova, quien los define como aquellos “que tienen su fuente en la decisión unilateral del Estado manifestada a través de la ley que obliga a los particulares, bajo ciertos lineamientos constitucionales, a cumplir con el pago de determinadas obligaciones pecuniarias [...]”.<sup>31</sup>

Con referencia al caso español, el Tribunal Supremo calificó a las cotizaciones de Seguridad Social como prestaciones patrimoniales públicas porque: “se dan en ellas las notas que hemos indicado: son impuestas con carácter general, obligatorio y coactivo a todos los ciudadanos que se encuentren en las situaciones legales de las que deriva el deber de cotizar, contribuyendo así a la satisfacción del interés público constituido por el servicio de la Seguridad Social, que en todo caso el Estado tiene el deber de cubrir”.<sup>32</sup>

En síntesis, el aporte a la seguridad social es una exacción devenida de una norma que forma parte del conjunto de prestaciones patrimoniales públicas que tanto para el empleador como para el trabajador en relación de dependencia representa, a mi criterio,

---

<sup>30</sup> Gian Antonio Micheli, *Curso de Derecho Tributario* (Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1975), 49 y ss.

<sup>31</sup> Alex Córdova, “El concepto de tributo. El principio de capacidad contributiva y el mito de los tributos medioambientales”, en Mauricio Plazas Vega coord., *El derecho de la hacienda pública al derecho tributario*, vol. II, 75-107 (Bogotá: Temis / Jovene, 2011), 84.

<sup>32</sup> España Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia de Nulidad del art. 7 Real Decreto 2.475/1985, Repositorio Oficial de Jurisprudencia, STS 1883/1991, 27 de marzo de 1991.

la prestación en dinero que el Estado en ejercicio de su potestad de imperio exige en virtud de lo que señala la ley, con el propósito de obtener ingresos que sirvan para financiar las prestaciones del Seguro General Obligatorio y regímenes especiales, administradas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

### 3.2. Objeto

La obligación pecuniaria que recae sobre el trabajador y empleador por concepto de aporte a la seguridad social tiene un objeto específico: el financiamiento del sistema nacional de seguridad social. Su destino es cubrir los costos correspondientes a las prestaciones que son ámbito de protección en el Seguro General Obligatorio y el Seguro Campesino y para el financiamiento de las pensiones de los afiliados.

Al respecto la Ley de Seguridad Social denomina al aporte individual del trabajador y el aporte patronal como recursos del Seguro General Obligatorio<sup>33</sup> y recursos del Seguro Social Campesino.<sup>34</sup>

En términos más concretos, el aporte individual y patronal tiene como objeto cubrir todas las prestaciones del Seguro General Obligatorio, tales como: contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, muerte e invalidez, que incluye discapacidad, cesantía y seguro de desempleo, y además las prestaciones de salud y maternidad con respecto al Seguro Social Campesino.

Estos recursos una vez liquidados y recaudados entran a formar parte de la hacienda institucional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se destinan a los distintos presupuestos del Seguro General Obligatorio, como son Seguro General de Salud Individual y Familiar, Seguro General de Riesgos Laborales y Seguro Obligatorio de Vejez, Invalidez y Muerte para financiar las prestaciones que le corresponde a cada Seguro conforme manda la ley.

De esta manera los aportes del trabajador en relación de dependencia y el patronal son prorrateados en los porcentajes definidos en la Ley del Seguro Social para cubrir las prestaciones de cada seguro. El destino del aporte obrero patronal se fracciona a los

---

<sup>33</sup> Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 4.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, art. 5.



presupuestos de cada seguro, estando proscrita la utilización de estos fondos a otros que no le corresponde.

En definitiva, el aporte a la seguridad social está destinado al financiamiento de todas las prestaciones del Seguro General Obligatorio y además al cometido de sostener los costos de las prestaciones correspondientes al Seguro Campesino, por lo que conviene hacer énfasis en dos aspectos.

El primero, que el aporte es cuantificado y liquidado de conformidad a los ingresos susceptibles de apreciación pecuniaria; es decir, que el sueldo o salario del trabajador se entiende como la materia gravada sobre la cual se determinará tanto el aporte del trabajador en relación de dependencia como el aporte patronal. En efecto, el sueldo o salario del trabajador es la base imponible sobre la cual se determina y liquida el importe del aporte a la seguridad social.

El segundo, que este aporte se destina a los diferentes seguros que encierran el sistema del seguro social obligatorio bajo los puntos porcentuales que señala la ley. De esta forma, el seguro de salud individual y familiar se financia hasta con el 10% del aporte del trabajador en relación de dependencia y su pago es compartido con el empleador.<sup>35</sup> Así que ambos sujetos en calidad de aportantes o aplicando el término tributario contribuyentes, coadyuvan económicamente en la protección de los afiliados en las contingencias de enfermedad y maternidad.

Sobre el seguro general de riesgos de trabajo, el aporte patronal sirve para financiar las contingencias derivadas de actividades laborales por riesgo de trabajo, constituyéndose en la única fuente de financiamiento para la protección de los afiliados que cubre el costo de las actividades de promoción y prevención de riesgos de trabajos y el de las prestaciones en subsidios, indemnizaciones y pensiones. El aporte patronal obligatorio es del 0.5% sobre la materia gravada del afiliado en relación de dependencia. El aporte del trabajador no financia este seguro.<sup>36</sup>

El último seguro es el de vejez, invalidez y muerte. Se financia con el aporte obrero patronal para la protección de la población afiliada contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Se configura por el régimen de solidaridad intergeneracional, en el cual los trabajadores en relación de dependencia y sus empleadores participan con una

---

<sup>35</sup>Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 117.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, art.159.

obligación pecuniaria para las jubilaciones de los hoy pensionistas. Cabe enfatizar que este aporte también se distribuye a una cuenta de ahorro individual del trabajador, por lo que esta variable puede matizar el concepto del aporte como tributo.

La descripción del destino de los aportes del trabajador y el aporte patronal demuestra que los ingresos provenientes de dichos aportes se configuran como *ingresos afectados*, al tener como destino cubrir los gastos relacionados con las prestaciones ante las contingencias mencionadas anteriormente.

### **3.3. Elementos**

Definido el rubro identificativo del aporte del trabajador y del empleador como una exacción legal que resulta para ellos en una detracción de su patrimonio se desprende sus elementos configuradores que evidencian *prima facie* su connotación fiscal.

#### **3.3.1. Prestación dineraria impuesta**

El pago del aporte a la seguridad social se entiende como la obligación pecuniaria exigida desde el momento que se haya consumado una relación jurídico-laboral entre el trabajador y el empleador, apenas empiece a prestar aquél sus servicios personales subordinados y remunerados. Ambos sujetos tienen que satisfacer económicamente el aporte a la seguridad social dentro de un período mensual en función del sueldo o salario que percibe el trabajador.

El empleador a más de su condición de sujeto pasivo del aporte a la seguridad social tiene la obligación legal de ser el agente de retención de los aportes del trabajador.

Esta obligación está únicamente representada en dinero. Existen otros casos en los que se puede satisfacer una obligación pecuniaria a través de la entrega de especie, las cuales deben ser susceptibles de valoración económica. Sin embargo, conforme al marco normativo que regula la previsión social en Ecuador no es posible el pago en especie.

Es notorio que se está ante un recurso monetario, traducido a términos doctrinarios como una prestación patrimonial. En sentido contrario, se encuentran las prestaciones personales o también llamadas *in natura*, las cuales también son exigidas por entidades públicas, como por ejemplo la obligación de prestar el servicio militar. Regresando al

caso, se hace referencia a una prestación pública que sirve para el cumplimiento de los fines públicos expresados en unidades monetarias, por ende no se trata de una prestación personal y se confirma del aporte personal y patronal el calificativo de prestación patrimonial.

También se resalta el calificativo de no voluntario a los aportes del trabajador y del empleador, al ser obligatorios en virtud de lo que señala la Constitución de la República y la Ley de Seguridad Social. Estos cuerpos normativos contienen la manifestación del poder de imperio del Estado ecuatoriano en la creación de estos aportes y proclaman la potestad que goza el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para determinar y liquidar estos aportes. Por lo tanto, se está frente a una prestación patrimonial coaccionada, entendiendo este concepto desde dos perspectivas de acuerdo con la distinción de la coactividad que plantea Queralt, al sostener:

“Por una parte, hace referencia al modo mismo de establecimiento de la prestación, decidida de modo unilateral por los poderes públicos, sin que intervenga la voluntad de los ciudadanos [...] Por otro lado, hace alusión a los procedimientos para la exigencia del pago. De este modo, si no se realiza de forma voluntaria y espontánea, los poderes públicos podrán exigirlo de forma forzosa”.<sup>37</sup>

En definitiva, el aporte a la seguridad social es una obligación dineraria. El pago en especie es admisible excepcionalmente en el procedimiento de ejecución con la dación de pago.

### **3.3.2. Percibida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social**

Por mandato constitucional y legal los aportes del trabajador y del empleador son determinados y recaudados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como el ente público autónomo encargado de la conducción y administración del Seguro General Obligatorio. Esta premisa legal implica algunas características que configuran al aporte a la seguridad social como un ingreso público bajo la calificación de extrapresupuestario.

La denominación del aporte a la seguridad social como un ingreso público se le puede atribuir fácilmente por quien es el titular del ingreso, siendo naturalmente una

---

<sup>37</sup> Queralt y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 54.

institución pública. Empero, sería una respuesta muy limitada que no analiza la procedencia y la regulación del aporte a la seguridad social.

Se indicó en líneas anteriores, en orden de jerarquía, que la Constitución de la República y la Ley de Seguridad Social regulan el sistema nacional de seguridad social, incluido el aporte obrero patronal como fuente de financiamiento. En su plexo normativo constan las disposiciones que norman el nacimiento, determinación y liquidación de esta obligación pecuniaria.

En este contexto normativo, el aporte a la seguridad social es un ingreso público cuya regulación se adscribe al ordenamiento jurídico público. Es necesario hacer esta puntualización pues existen ingresos públicos cuya disciplina se contiene de normas del Derecho Privado como son los ingresos públicos derivados de la enajenación de bienes patrimoniales del Estado que, aunque son propiedad del ente público, se someten a las disposiciones del marco legal privado.

Con una mirada retrospectiva sobre la creación del ente encargado de la seguridad social, en el año 1934 los legisladores dentro de sus debates relacionados a la promulgación de la Ley del Seguro Social Obligatorio para el año 1935 se hizo referencia a la naturaleza jurídica de la entonces Caja de Pensiones, y entre sus debates se presentaron divergencias de criterios con respecto a su adscripción al derecho público o privado. Dos posiciones fueron contrapuestas. Una que sostenía su carácter privado, al decirse que esta Caja tiene como fuente de financiamiento los aportes de los empleados públicos y bancarios, y la otra cuyo defensa era atribuirle la característica de Derecho público, por dos razones contenidas en la materialización de un fin social que es de exclusividad del Estado y en el financiamiento por parte del Estado y los Municipios. La resolución fue abolir la definición de esta característica.<sup>38</sup>

Esta falta de claridad sobre la naturaleza jurídica del ente rector encargado de la seguridad social fue superada en el año 2001 cuando el legislador al sancionar la Ley de Seguridad Social se refirió al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como entidad pública.

Por otro lado, el aporte a la seguridad social denota una característica sui generis del Derecho financiero, que es su connotación extrapresupuestaria porque los ingresos

---

<sup>38</sup> Ecuador Cámara de Diputados, *Acta número Nro. 39 de la Sesión Ordinaria sobre Tercera discusión sobre el proyecto de reforma a Ley de Jubilación y Montepío Civil*, Quito, 28 de septiembre de 1928.

derivados de esta exacción legal no figuran en el Presupuesto General del Estado. Por el contrario, entran directamente a formar parte de la caja presupuestaria del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Esta característica ha ocasionado su calificación como exacción parafiscal.<sup>39</sup>

Además, esta particularidad evidencia la existencia de ingresos públicos de carácter extrapresupuestario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que, analizado desde una óptica vinculada al Derecho financiero, es un ejemplo de parafiscalidad por corromper los principios presupuestarios de unidad de caja y universalidad al destinarse el producto de estos aportes a las arcas institucionales del IESS.

Estos principios han sido desarrollados desde la doctrina. El primero como aquel “que exige que todos los gastos y recursos del Estado sean reunidos o agrupados en un único documento y sean presentados conjuntamente para su aprobación legislativa”,<sup>40</sup> y el segundo, como aquella directriz que exige que los recursos y los gastos figuren en el presupuesto de forma separada, por su importe íntegro sin compensaciones.<sup>41</sup>

Expuestos estos principios, el aporte a la seguridad social se aleja de las directrices rectoras del Derecho financiero debido a su falta de incorporación al presupuesto estatal, y si sucede lo contrario, se lo hace únicamente con el propósito de registrar su cuantía.

Esto equivale a decir que los aportes no forman parte del total de los recursos estatales que pueden ser asignados para sufragar el gasto público. En otros casos, la cuantificación en el presupuesto estatal es un mero registro de las actividades estatales, cuyo destino es exclusivo para el financiamiento de las prestaciones que encierra el Sistema de Seguridad Social y, por ende, la imposibilidad de su utilización o destinación a otras actividades ajenas a su propósito por parte del Estado.

Ante estas circunstancias, es preciso advertir que en este capítulo se prescindirá de aspectos financieros, toda vez que el enfoque de esta investigación es de carácter tributario, lo que implica desestimar en esta parte el análisis de los ingresos tributarios en tanto integren o no el presupuesto estatal, no así en el segundo capítulo donde este elemento, conjuntamente con el costo de los seguros sociales ponen sobre la mesa modulaciones acerca de la naturaleza fiscal del aporte obrero patronal.

---

<sup>39</sup> Jorge Carrión Benítez, “La parafiscalidad en los países miembros de la Comunidad Andina” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 115, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/377>.

<sup>40</sup> Héctor Villegas, *Manual de Finanzas Públicas* (Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000), 389.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 391.

### **3.3.3. Ingreso público afectado**

Su exigencia se justifica básicamente por la necesidad de financiar los gastos concernientes a las prestaciones de seguridad social que son parte del Seguro General Obligatorio y del régimen especial del Seguro Social Campesino.

Se está ante una actividad financiera que concibe al aporte personal del trabajador y del empleador como el instrumento eficaz para la obtención de los ingresos necesarios que permita al ente público encargado de su administración realizar directamente su propósito, que es la seguridad social para sus afiliados a través de las prestaciones a cumplirse en cada uno de los programas del seguro obligatorio, más las prestaciones del seguro campesino en la proporción que señale la ley. Esta característica resulta importante al momento de vincular el Derecho tributario con criterios de la ciencia de las finanzas públicas.

## **4. El aporte a la seguridad social como tributo**

Se ha definido en el acápite anterior al aporte a la seguridad social como una prestación patrimonial de carácter público; sin embargo, limitarse a definirlo como tal es caer en una conceptualización general que no refleja su verdadera esencia jurídica, más aún cuando se conoce que las prestaciones patrimoniales públicas engloban las diferentes figuras jurídicas llamadas ingresos públicos, tales como los tributos.

Los tributos por antonomasia son considerados como ingresos públicos debido a su estrecha relación con las prestaciones patrimoniales públicas; ello implica sostener que los primeros son la especie y los segundos son el género, por la simple razón de que existen otras figuras jurídicas distintas a los tributos que forman parte del conjunto de prestaciones patrimoniales públicas.

Al respecto, Juan Queralt sostiene que:

La figura de la prestación patrimonial de carácter público (que es una creación doctrinal y jurisprudencial, antes que legal), parece tener una justificación sociológica y política derivada del incremento de los gastos públicos y de la necesidad de acudir a nuevas fórmulas de financiación pública de los tributos [...] Así han nacido nuevos modos de obtención de ingresos (el cobro por el estacionamiento de vehículos; el cobro por expedición de certificados o documentos cuya exhibición ante los órganos públicos, por

otra parte, se impone como obligatoria; etc.) La figura de las prestaciones patrimoniales de carácter público sirve entonces para dotar de cobertura doctrinal a todos estos supuestos, a la vez que, al exigirse su establecimiento a través de la Ley, se les somete a una cierta racionalidad.<sup>42</sup>

Esta postura doctrinaria corrobora dos premisas fácticas que invitan a analizarlas. La primera que ratifica la distinción entre prestación patrimonial pública y los tributos. Esta posición, a mi criterio, es cuestionable si se observa que ambas categorías jurídicas guardan una estrecha relación con respecto a sus elementos sustantivos, pudiendo llegarse a mencionar que ambos términos son sinónimos.

Se defiende la pertinencia e importancia de proceder a diferenciar al tributo de las prestaciones patrimoniales públicas cuando en este último concepto recaen otros institutos jurídicos que gozan de las mismas características, pese a que mantienen una naturaleza controvertida como sucede en el aporte a la seguridad social.

La segunda premisa hace referencia a los ingresos públicos distintos de los tributos, trayendo a su análisis el concepto de la parafiscalidad, término que se acuñó en el Estado Social con el objeto de denominar a los ingresos que son exigidos por entes públicos distintos al Estado central cuya peculiaridad es su no integración al presupuesto estatal y por ser administrados en un régimen presupuestario especial. Estos ingresos parafiscales proliferan en los denominados Estados paternalistas o prestacionistas.

En consecuencia, proceder simplemente a denominar prestación patrimonial de carácter público al aporte a la seguridad social es recaer en un concepto muy general, siendo lo correcto estudiar su naturaleza jurídica observando y comparando los elementos configurativos de los distintos ingresos públicos a lo que ha hecho alusión el criterio transcrito de Queralt.

En relación a la determinación de la naturaleza jurídica de los aportes a la seguridad social, el ordenamiento jurídico del Ecuador no lo define. Aunque sí se considera su nacimiento con carácter unilateral a través de la ley, su forma de exigibilidad y su objeto se acercaría a la figura del tributo. Esto implica sin reparo alguno, rechazar que los aportes del empleador y del trabajador en relación de dependencia son una prima o contraprestación por el aseguramiento de las diversas contingencias, como se evidencia en un modelo de seguro amparado en el derecho privado.

---

<sup>42</sup> Queralt y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 55.

Más bien, los aportes a la seguridad social por sus notas esenciales resumidas en un ingreso de carácter público, no voluntario y coaccionado cuyo objeto es cubrir el gasto público generado por las prestaciones sociales brindados a los afiliados a la seguridad social, muestran características configurativas que son parte del concepto del tributo; definido este último como aquella institución de derecho público y como el recurso más eficaz para el cumplimiento de las obligaciones del Estado para con sus ciudadanos.

El tributo ha sido un tema de amplio desarrollo doctrinario y sobre su concepto muchas definiciones se han proporcionado. Al respecto, José Vicente Troya lo define como aquella “prestación exigida unilateralmente por el Estado a los particulares para solventar el gasto público, en virtud de su potestad de imperio [...]”.<sup>43</sup>

Mauricio Plaza Vegas, segregando sus elementos constitutivos, resalta que el tributo es una prestación pecuniariamente valuable, establecida a favor del Estado o de una Comunidad supranacional, impuesta sobre la base de la solidaridad y en ejercicio de su poder de imperio, establecida en virtud de la ley y destinada al cumplimiento de los fines del Estado.<sup>44</sup>

Eddy de la Guerra define al tributo como “aquella prestación exigida por el Estado en ejercicio de su poder tributario y de su potestad impositiva, con fuerza obligatoria, cuyo objeto es aportar al sostenimiento del Estado y a la satisfacción de necesidades a través del gasto público, lo cual conlleva a la transformación de los recursos privados en recursos públicos”.<sup>45</sup>

Estas definiciones concuerdan en las características esenciales del tributo y reconocen que es un ingreso de naturaleza pecuniaria, exigido unilateralmente por el Estado, establecido en la ley y cuya finalidad esencial es la financiación del gasto público para que el Estado cumpla sus fines.

La definición de Plazas Vegas añade el término solidaridad al hablar del tributo, lo que implica considerar que actualmente el deber de tributar no únicamente se da por la sujeción a la potestad del Estado sino por la pertenencia del individuo a la sociedad, la

---

<sup>43</sup> José Vicente Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 3.

<sup>44</sup> Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, t. II, 3.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Temis, 2017), 57-83.

<sup>45</sup> Eddy de la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 64.



cual requiere de su contribución, allegando recursos al Estado para garantizar las obligaciones que mantiene con la sociedad.

Por otro lado, estas definiciones han omitido un elemento representativo del tributo que muy bien lo resalta Roberto Insignares Gómez, que es la existencia de capacidad económica.<sup>46</sup> Este autor enfatiza la importancia de que el tributo grave una determinada manifestación de capacidad económica del obligado, que a la postre resulta ser la nota distintiva del tributo.

Este elemento impide que el legislador al momento de tipificar los presupuestos de hecho que dan nacimiento a una obligación tributaria grave hechos que de ningún modo sean indicativos de capacidad económica, para con ello garantizar el principio de capacidad contributiva constituido en la directriz material de un sistema tributario.

Todas las características del tributo descritos en las definiciones proporcionadas guardan estrecha relación con las notas representativas del aporte a la seguridad social, a saber:

- Es exigido por el Estado por medio de una ley; en el Ecuador se contiene y se regula por la Ley de Seguridad Social.
- Los aportes del empleador y del trabajador son no voluntarios. No existe en ningún momento voluntad del aportante a satisfacer dicha obligación pecuniaria, pues tan pronto se cumple con el presupuesto de hecho del aporte a la seguridad social son exigidos por el Estado.
- Por intermedio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ente público que goza de la potestad de imperio para gestionar su cobro. Su recaudación se apoya en la coacción ejercida por el ente público que mantiene la titularidad del crédito, es decir el derecho de acreencia para exigir el pago del aporte.
- Tiene como destino satisfacer las necesidades económicas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y financiar el Seguro General Obligatorio y Seguro Campesino. Su objeto es claramente financiar el gasto público derivado de la seguridad social, el cual representa para los ciudadanos un derecho y para el Estado una atribución y obligación, más cuando el sistema de seguridad social se rige por el principio de universalidad.

---

<sup>46</sup> Roberto Insignares Gómez y otros, *Cuso de derecho fiscal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 387.

Este último elemento pone de relieve que la Hacienda Pública moderna cumple con objetivos no solo políticos sino económicos y sociales, para lo cual recurre a la creación de tributos que permitan financiar aquellos gastos. En el caso de la seguridad social, el aporte es singularmente de carácter fiscal cuando entre sus cometidos, el Estado ecuatoriano debe garantizar el derecho a la seguridad social y para ello el legislador ha creído conveniente el establecimiento del aporte como carga tributaria para los trabajadores en relación de dependencia y sus empleadores.

Para Blumenstein, este último elemento no es parte del concepto del tributo;<sup>47</sup> sin embargo, es pertinente el criterio de Eusebio González al afirmar que el tributo es el instrumento jurídico idóneo para cubrir los gastos públicos y que una prestación que no posea dicha finalidad lo que menos puede, es ser catalogado como tributo.<sup>48</sup> Otros autores como Héctor Villegas igualmente creen que los tributos son prestaciones para cubrir el gasto público.<sup>49</sup>

La segregación de los elementos del aporte del trabajador y el patronal indican que cumplen con las características que distinguen a los tributos y, por consiguiente, estos aportes sufragados por concepto de seguridad social recaen en la categoría jurídica de tributo. Ramón Valdés Costa se pronuncia y confirma que “las contribuciones de seguridad social reúnen indudablemente los caracteres propios de los tributos”.<sup>50</sup>

En el contexto ecuatoriano, José Vicente Troya luego de examinar la configuración del aporte a la seguridad social afirma su carácter tributario al señalar “El que el Estado organice centralmente el servicio o a través de un ente público especial y exija las aportaciones necesarias para su financiamiento demuestra que éstas no son de carácter privado. Al aplicarlas unilateralmente y coactivamente se consolida su índole tributaria”.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Ernst Blumenstein, *Sistema de Diritto delle imposte*, (Milano, 1954), 1, citado por José Vicente Troya Jaramillo, *Manual de derecho tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 6.

<sup>48</sup> Eusebio González García, *Concepto actual del tributo: Análisis de Jurisprudencia* (Navarra: Arazandi, 1996), 27.

<sup>49</sup> Héctor Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, t. I (Buenos Aires: Depalma, 1980), 75.

<sup>50</sup> Ramón Valdés Costa, *Curso de derecho tributario*, 2.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996), 213.

<sup>51</sup> José Vicente Troya, *Derecho Tributario Internacional*, vol. 4. (Quito: Corporación Editora Nacional, 1990), 153.

En definitiva, los aportes a la seguridad social sufragados por el trabajador en relación de dependencia y por su empleador gozan de naturaleza sustancialmente tributaria.

No obstante, pese a su reconocimiento fiscal, los aportes a la seguridad social han sido objeto de una diversidad de criterios que los ubican dentro de las diferentes categorías tributarias. Fernando Pérez Royo indica “que la doctrina ha apuntado diversas soluciones, que recorren prácticamente toda la gama de las figuras de tributación: el impuesto, la tasa, la contribución especial, las exacciones parafiscales”.<sup>52</sup>

Esta posición doctrinaria demuestra el recorrido que ha tenido el aporte a la seguridad social al ser definido en términos de las distintas categorías tributarias y que simultáneamente revela la existencia de divergencia de criterios con respecto a su determinación como tributo.

Esta disidencia conmina a analizar el aporte realizado por el trabajador y el empleador por concepto de seguridad social atendiendo la estructura del hecho imponible de cada figura tributaria para determinar su proximidad teórica hacia alguna de ellas.

#### **4.1. Aproximación teórica hacia el impuesto**

El impuesto es catalogado como el principal ingreso tributario por su excelente rendimiento en materia fiscal. Representa para los Estados el mayor instrumento público para la obtención de recursos que engrosen sus arcas fiscales, dando como resultado que su creación y cobro se realice de manera sistemática.

Es el mecanismo con el cual los habitantes de un país contribuyen o mejor dicho cumplen con su obligación de coadyuvar al sostenimiento de las cargas públicas, cuestión que permite considerarlo manifiestamente como un ingreso contributivo.

No está demás mencionar que el impuesto es una de las especies tradicionales del tributo conjuntamente con las tasas y las contribuciones especiales, refiriéndome a la clasificación tripartita de los tributos, la cual fue implantada en los sistemas tributarios de España e Italia y adoptada por los países de Latinoamérica.

---

<sup>52</sup> Fernando Pérez Royo, “Ingresos tributarios a la seguridad social”, en José Juan Ferreiro Lapatza coord., *Curso de Derecho Tributario*, 18.<sup>a</sup> ed., 917-37 (Madrid: Marcial Pons, 2002), 919.

Esta clasificación tributaria resalta la distinción de un impuesto frente a una tasa y a una contribución especial, sin antes reconocer que las notas características del tributo se presentan esencialmente en el impuesto. El hecho de que presenten los mismos rasgos configurativos del tributo de modo peculiar no explica su verdadera naturaleza jurídica y mal se haría proceder a definir al impuesto en los mismos términos del tributo sin antes discernir sobre su especificidad.

El impuesto, debido a su importancia, ha sido objeto de estudio para las distintas áreas del conocimiento, las cuales desde su campo de investigación han proporcionado su definición y alcance. En este desarrollo investigativo ha participado la ciencia de las finanzas públicas y más adelante como rama independiente el Derecho tributario. La primera con una visión económica-financiera y la segunda con una visión jurídica, lo que a la postre dificulta la obtención de un significado unívoco con respecto al impuesto.

Sobre este tema se pronuncia Jiménez y señala:

Antes de entrar al análisis y exposición de la noción de impuesto, resulta de capital importancia, señalar que se está ante una figura encrucijada, es decir, a una noción en la que confluyen ingredientes de muy diversa índole: económicos, jurídicos, contables, etc., etc., lo que dificulta, definitivamente, una visión clara de la misma y que en gran medida permita explicar el por qué de ciertas actitudes doctrinales al respecto.<sup>53</sup>

Desde el punto de vista de este autor, la relevancia del impuesto como tópico de investigación para las distintas ramas del conocimiento es apreciable y desencadena una variable conceptualización, por lo que para continuar con la misma perspectiva legal-fiscal puntualizaré únicamente definiciones producidas desde el Derecho, que proporcionen notas jurídicas que permitan constatar la proximidad del aporte a la seguridad social hacia la categoría impositiva.

La visión jurídica del impuesto puede resumirse en su denominación como la prestación pecuniaria que nace en los casos previstos en la ley. Este criterio implica que de la ley se desprende los supuestos de hecho que dan nacimiento a la obligación impositiva. Consecuentemente, este planteamiento hace referencia al elemento hecho generador de los tributos como la clave para distinguir las distintas especies tributarias. Al respecto, Antonio Jiménez señala “La diferencia entre las diversas figuras tributarias

---

<sup>53</sup>Antonio Jiménez González, *Lecciones de Derecho Tributario* (México D.F.: Edic. Contables y Administrativas, 1985), 56.

habría que buscarla en la naturaleza de los hechos jurídicos a cuya realización vincula el legislador el momento del nacimiento de la obligación del pago del tributo”.<sup>54</sup>

Por esta razón, se requiere conocer los elementos que caracterizan al hecho generador del impuesto. A mi criterio, el principal consiste en la desvinculación de la actividad estatal, elemento idóneo que configura al impuesto, por la simple razón de que se exige y cobra a los administrados sin que aparezca específicamente contemplada en la ley actividad administrativa alguna. Esto quiere decir que en el presupuesto de hecho del impuesto no aparece ninguna petición de prestación de servicio dirigida al ente público.

De la Garza define al impuesto como “una prestación tributaria obligatoria ex lege cuyo presupuesto de hecho no es una actividad del Estado referida al obligado y destinada a cubrir los gastos públicos”.<sup>55</sup> Esta acepción confirma lo manifestado y pone de relieve tres aspectos fundamentales: la creación del impuesto con independencia de la prestación de un servicio público, la creación del impuesto en función de la capacidad económica del administrado y la creación del impuesto para la obtención de ingresos que satisfagan la carga pública.

El primer punto, la creación del impuesto con independencia de la prestación de un servicio público es la premisa doctrinaria más aceptada por los estudiosos y tratadistas en relación al elemento sustancial y distinguible del impuesto. Pérez de Ayala y González consideran al impuesto como la prestación no condicionada por una actividad administrativa particular y concreta;<sup>56</sup> y, Villegas al referirse al impuesto, indica que su hecho imponible es ajeno a toda actividad estatal referido al obligado.<sup>57</sup> Estas expresiones concuerdan en el principio de la independencia de las prestaciones por concepto de impuesto entre los contribuyentes y el Estado; tesis que se encuentra consolidada dentro del Derecho tributario.

El segundo punto trae al debate el principio de capacidad económica, como el elemento rector del impuesto. Posición que comparto, aunque no en su totalidad, ya que es una connotación implícita no solo del impuesto sino también del resto de especies tributarias. Es visible que la tasa y contribuciones especiales se exigen en virtud de la capacidad contributiva de los obligados; sin embargo, reconozco que este principio no

---

<sup>54</sup> Jiménez González, *Lecciones de Derecho Tributario*, 58.

<sup>55</sup> Sergio De la Garza, *Derecho financiero mexicano* (México D.F.: Porrúa, 1985), 364.

<sup>56</sup> José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario* (Madrid: Edit. de Derecho Financiero, 1976), 215.

<sup>57</sup> Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 79.

solo se encuentra matizado sino completamente manifestado en la estructura del impuesto.

Por general los impuestos se exigen en función de la capacidad económica de los contribuyentes y de manera preponderante gravan ciertas manifestaciones de riqueza develados en la renta, patrimonio y consumo. Por tanto, los impuestos llevan implícito indiscutiblemente de manera determinante el principio de capacidad contributiva, aunque resulta también ser una nota aplicable a todas las categorías tributarias.

El tercer punto con relación a la obtención de ingresos públicos y su destino para el gasto público al parecer no representan las características propias que singularicen al impuesto. La primera es una nota secundaria, por cuanto si bien algún impuesto no cumple dicho propósito no deja de concebirse como tal categoría impositiva. Esto convoca a discusión la proyección extrafiscal del impuesto que indiscutiblemente guarda relevancia en momentos económicos donde se requiere promover la inversión en ciertas áreas o por el contrario desalentarlas o desacelerarlas en su crecimiento por razones de índole económica, ambiental o social.

Sin embargo, esta precisión no afecta la finalidad de los impuestos para recaudar ingresos, propósito fiscal que también es parte de las demás especies tributarias. El impuesto ambiental es ejemplo de extrafiscalidad y su finalidad de concientizar sobre el cuidado del medio ambiente no es discutida porque guarda la estructura propia de un impuesto.

Con respecto a la segunda particularidad, el destino del impuesto, se conoce que éstos entran a formar parte del erario público cuyo destino es el presupuesto general del Estado. Este criterio tiene relevancia para la ciencia de las finanzas públicas con respecto a las haciendas nacionales antes que al mismo Derecho tributario, el cual se halla interesado en determinar el inicio de la relación entre el Estado y los habitantes de un país desde el momento del nacimiento de la obligación tributaria.

Valdés Costa sostiene la irrelevancia del destino de la recaudación en el presupuesto fáctico del impuesto.<sup>58</sup> Desde este enfoque, se analizará el aporte obrero patronal para clarificar su naturaleza jurídica estrictamente desde la visión del derecho tributario en este capítulo.

---

<sup>58</sup> Valdés Costa, *Curso de derecho tributario*, 256.

Ahora bien, una vez puntualizadas las características esenciales que definen al impuesto surge como interrogante doctrinaria desde la óptica jurídica conocer si el aporte a la seguridad social se aproxima teóricamente hacia esta especie tributaria. Para responder a esta interrogante planteada por la doctrina es imprescindible la consideración del presupuesto de hecho que da nacimiento a la obligación de aportar a la seguridad social.

Fernando Pérez Royo en atención a este elemento indica “El hecho imponible que determina la obligación de cotizar consiste en la mera existencia de la relación laboral. El deber de cotizar nace con el comienzo de la prestación de trabajo y se mantiene por todo el período en que el trabajador esté en alta o preste sus servicios, aunque estos revistan de carácter discontinuo”.<sup>59</sup>

Esta identificación del hecho generador sirve para sustentar que toda persona en calidad de trabajador bajo relación de dependencia desde el momento que empieza a prestar sus servicios personales para un tercero, conjuntamente con éste último en calidad de empleador, están obligados a satisfacer su aporte pecuniario a la seguridad social independientemente de si se hacen efectivas las prestaciones de seguridad social.

La descripción del hecho generador del aporte a la seguridad social encierra como característica visible la desconexión que existe entre la prestación dineraria y el servicio público de la seguridad social, no así su destino. En ningún momento su presupuesto fáctico hace alusión a alguna prestación social que reciba o pueda a empezar a recibir el aportante para dar nacimiento a la obligación de cotizar a la seguridad social.

El aportante no cumple esta obligación porque existe un sistema de seguridad social donde las prestaciones sociales son efectivas y potenciales sino por el acaecimiento del hecho generador que se da desde el momento que el trabajador presta sus servicios personales subordinados y remunerados al empleador. El inicio de una relación laboral se constituye en el hecho imponible del aporte a la seguridad social para el trabajador y el empleador.

Por este elemento, Fernando Pérez Royo define a los aportes a la seguridad social como impuestos.<sup>60</sup> Esta es una posición doctrinaria construida en función al hecho generador que señala la legislación española, que puede ser criticada por otros estudios

---

<sup>59</sup> Pérez Royo, “Ingresos tributarios de la seguridad social”, 921.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, 919.

debido a las distintas formas de organización de la seguridad social, lo cual incide en la naturaleza jurídica de los aportes, aunque es acertada esta posición solo a la luz del hecho generador.

Distinguir el hecho imponible del aporte a la seguridad social implica revisar los ordenamientos jurídicos de cada país, para luego de un análisis jurídico conocer los presupuestos fácticos que dan nacimiento a la obligación de aportar. Es decir, que de la lectura del hecho generador contemplado en la legislación de los distintos países permitirá conocer el presupuesto de hecho, que una vez configurado provoca el cobro de los aportes a la seguridad social. Aunque como es un hecho conocido, que en primera instancia el derecho a la seguridad social se desarrolló como parte del derecho laboral, esto explica implícitamente que frente a la existencia de la relación contractual entre el trabajador y empleador surge la obligación de aportar a la protección de las clases trabajadoras, pues los Estados han creído que es la fórmula más viable para financiar las prestaciones que encierran los programas de seguridad social.

Este es el mismo hecho imponible que recoge el ordenamiento jurídico ecuatoriano, señalando que la condición para que toda persona deba aportar a la seguridad social es la realización de cualquier actividad remunerada.<sup>61</sup> Esta disposición legal distingue: El aporte coaccionado exigido por el Estado en virtud de su potestad de imperio y que es producto del acaecimiento de una relación laboral que se convierte en el hecho imponible del aporte del empleador y del trabajador en relación de dependencia. Por otro lado, el aporte voluntario de quien pese a no mantener una relación laboral decide sufragar dicha carga económica notoriamente es un ingreso no tributario por no ser exigido unilateralmente.

El hecho generador del aporte del trabajador y del empleador no guarda relación con las prestaciones del servicio a la seguridad social sino únicamente su destino. Esto implica reconocer por un lado el hecho imponible del aporte y por otro lado el destino del mismo. Son dos elementos de esta obligación pecuniaria que se dan en dos momentos distintos. En un momento preliminar, el hecho generador resumido en la realización de la actividad laboral que procede de la voluntad del trabajador y del empleador para convenir en la prestación de un servicio por un salario o sueldo. Y el segundo, en un momento final producto de la realización del hecho generador por parte del trabajador y del empleador,

---

<sup>61</sup> Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 12.



se obtiene ingresos públicos destinados exclusivamente al financiamiento de la seguridad social.

En este sentido existe sustento jurídico para reconocer a los aportes a la seguridad social efectuados por el trabajador y el empleador como un impuesto con destino específico porque soporta una carga pública concreta. Mauricio Plazas Vegas, distingue a los impuestos generales de los impuestos específicos, dice que éstos últimos son “tributos cuyo recaudo constituye una renta con destinación específica [...], que tan solo grava o afecta un elemento de la situación económica general de manera que no se extiende a la totalidad de la capacidad contributiva, o lo hace de manera discriminada o diversa [...], si solamente afecta a algunas personas”.<sup>62</sup>

Todas estas evocaciones doctrinarias son propias del aporte a la seguridad social, a excepción de la última dado que su hecho generador grava solamente la renta proveniente de su trabajo prestado al empleador.

El aporte obrero patronal se aproxima a un impuesto afectado porque toma como materia gravada los ingresos percibidos por la realización de su actividad laboral. Para el trabajador probablemente representa un impuesto sobre el sueldo y salario, que es definido como “un impuesto real que se aplica sobre los sueldos y salarios del personal en relación de dependencia [...] Es característica de este impuesto la utilización -en gran escala- del sistema de recaudación conocido como retención en la fuente a cargo del trabajador”.<sup>63</sup>

Estas particularidades son parte del aporte sufragado por el trabajador cuando su salario o sueldo es la materia gravada sobre la cual se determina y liquida su obligación impositiva para la seguridad social y el empleador es quien, en calidad de agente de retención, recauda este rubro y cancela al titular de la acreencia.

El aporte patronal también toma en consideración el salario o sueldo del trabajador para la determinación de su obligación tributaria, empero posiblemente representa para él la consideración de su riqueza manifestada en su capacidad de pago a sus trabajadores, pudiendo catalogarse como un impuesto al empleo.

---

7. <sup>62</sup> Mauricio Plazas Vega, *El impuesto sobre el valor agregado IVA*, 2.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Temis, 1998),

<sup>63</sup> Dino Jarach, *Finanzas públicas: esbozo de una teoría general* (Buenos Aires: Cangallo, s.f.), 376.

El aporte a la seguridad social puede ser reconocido como parte de la categoría tributaria de los impuestos bajo la denominación de afectado, advirtiéndose siempre de la exclusión del elemento destino, el cual en materia de impuestos es caracterizado por su integración al presupuesto general estatal, y en este caso no entra a formar parte del erario público para la libre disposición del Estado, sino más bien se dirigen directamente a las tesorería del ente público autónomo que administra la previsión social.

Esta discusión no se presenta en la teoría del Derecho tributario, no así en las ciencias de las finanzas públicas que invita al debate de la hacienda estatal y las haciendas paralelas administradas por instituciones públicas descentralizadas. Aunque este elemento modula sustancialmente la naturaleza del aporte obrero patronal.

El reconocimiento del aporte obrero patronal como impuesto implica analizar el principio de capacidad contributiva como requisito sustancial de esta especie tributaria, en el que se presenta de mejor manera. La capacidad contributiva puede ser catalogada desde tres perspectivas, según Oswaldo Casás:

“a) como fundamento ético-jurídico del deber de contribuir, deber indispensable para la existencia del Estado y la efectiva garantía de la libertad del ciudadano [...] b) como base de medida, a partir de la cual habrá de fijarse la carga fiscal concreta que deberá soportar cada contribuyente y c) como límite infranqueable de la potestad tributaria normativa, ya que no podrá haber gravamen donde no exista capacidad contributiva -razón y fundamento de los mínimos de sustento exentos en el impuesto a la renta-, o por encima de la misma –lo que nos aproxima a la noción de confiscatoriedad- pues de lo contrario se atentaría contra la propiedad privada, vaciándola de contenido”.<sup>64</sup>

Este criterio muestra que la capacidad contributiva no es un concepto facultativo para establecer los tributos; es un aspecto objetivo que debe ser observado y respetado al momento de la creación de gravámenes tributarios. Es, en alusión a los dos últimos planteamientos hechos por Casás, el fundamento jurídico de los tributos y el límite del legislador al momento de instituirlos. Y por último es aquel que se evidencia nítidamente en los impuestos.

Este principio rector en relación al aporte a la seguridad social es un rasgo esencial. El aporte no se da en función al costo de las prestaciones brindadas o a brindarse a los trabajadores o patronos pese a que el destino es para ello. Si bien la seguridad social es un servicio esencial, ésta no es mensurable para cada aportante, por el contrario, el aporte

---

<sup>64</sup> Oswaldo Casás, “Principios jurídicos de la tributación”, en Horacio García Belsunce, dir. *Tratado de tributario*, t. 1. Derecho tributario (Buenos Aires: Astrea, 2003), 314.

se determina en función de los ingresos que percibe el trabajador por la ejecución de una obra o por la prestación de sus servicios personales dentro de una relación laboral.

El aporte se cuantifica sobre la base de los ingresos del trabajador fruto de una fuente cedular -trabajo en relación de dependencia- que desde la perspectiva del empleador se entendería que se erige en función a su capacidad de pago salarial a la clase trabajadora. Esto permite concluir que el fundamento último del aporte a la seguridad social radica en la capacidad contributiva del trabajador y empleador para contribuir a sostener los gastos necesarios derivados de la seguridad social.

En suma, la determinación y delimitación del hecho imponible del aporte a la seguridad social muestran su aproximación teórica hacia el impuesto cuando las connotaciones jurídicas que lo definen son también visibles en el aporte patronal y del trabajador en relación de dependencia.

Recurrir al hecho generador y encontrarse que este elemento no hace referencia a algún servicio público permite identificar del impuesto un tributo independiente de servicios públicos, no así su destino el cual sí tiene una preliminar exclusividad. Los Estados tienden paladinamente a establecer esta exacción fiscal en función de la existencia de una relación laboral entre el trabajador y el empleador; este es el hecho imponible que una vez configurado da nacimiento a la obligación de contribuir a la seguridad social, la misma que es cuantificada sobre los ingresos obtenidos por el trabajador fruto de su actividad remunerada.

Todas estas particularidades son distinguidas con una óptica jurídica y no financiera; y, por consiguiente, implica recurrir al derecho positivo para conocer estrictamente el elemento esencial del aporte a la seguridad social.

#### **4.2. Distanciamiento teórico respecto a la tasa**

La tasa ha sido muy discutida dentro de la doctrina, siendo el tributo que más contratiempos ha provocado al momento de definir sus características particulares. Algunos tratadistas mantienen esta postura y uno de ellos es Montero Traibel al indicar

que la tasa “es el tributo que probablemente mayores discrepancias ha causado y el que más dificultades presenta para su caracterización”.<sup>65</sup>

Las divergencias para definir su naturaleza jurídica surgen de las variadas opiniones e incertidumbres sobre sus notas esenciales; todas ellas justificadas por el criterio generado desde distintos campos de investigación con la utilización de factores económicos, jurídicos y políticos, que han complejizado su identidad y que a la postre han impedido encontrar una uniformidad conceptual.

Desde una perspectiva financiera, la noción de la tasa radica en su aplicación para el financiamiento de servicios generales y divisibles. Este es un enfoque que para el Derecho tributario resulta superficial; sin embargo, pone de relieve la conexión entre la prestación pecuniaria y el servicio público, el cual se convierte en el presupuesto legal para dar nacimiento a la obligación de tributar por concepto de tasa. Este planteamiento guarda relación con la teoría de Ataliba con respecto a los tributos vinculados al catalogarlos así a las tasas y a las contribuciones especiales.<sup>66</sup>

En atención a la naturaleza tributaria de la tasa, la doctrina moderna se ha pronunciado de manera distinta a la doctrina clásica, que sostenía que la tasa es una contraprestación por algún servicio público brindado por el Estado o entes públicos. La postura moderna gira por completo y la define, a mi criterio de forma muy acertada, como una prestación debida con ocasión al servicio público.<sup>67</sup> Es así que son prestaciones que se aplican coactivamente una vez configurado el hecho generador concretado en la ley u otra norma pertinente sin que exista la voluntad del particular.

Ferreiro Lapatza sobre el hecho generador de la tasa manifiesta que éste consiste “en una actuación de la Administración que se refiere, que afecta, directa o inmediatamente al sujeto pasivo”.<sup>68</sup> Por su parte, Roberto Insignares define a la tasa como

aquella prestación pecuniaria a favor de un ente público establecido por la ley, cuyo hecho generador consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público o la prestación de servicios o la realización de actividades que afectan de manera particular al sujeto obligado, siempre que estos servicios o actividades no sean de solicitud

---

<sup>65</sup> José Pedro Montero Traibel, *Derecho tributario moderno* (Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1977), 189.

<sup>66</sup> Geraldo Ataliba, *Hipótesis de Incidencia Tributaria* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1977), 146-51.

<sup>67</sup> Pérez de Ayala y Eusebio González, *Curso de Derecho Tributario*, 216-30.

<sup>68</sup> José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, 16.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Marcial Pons, 1994), 290.

voluntaria por parte de los obligados y que su prestación no sea susceptible de desarrollarse por el sector privado.<sup>69</sup>

Según las definiciones hechas por estos autores se destaca la aquiescencia en torno a la vinculación jurídica de la prestación dineraria –tasa- y una actividad del Estado relacionada directamente con el contribuyente. La primera definición es más escueta que la segunda. La primera refiere del hecho imponible una actuación de la administración y la segunda de forma más específica define a actividades de la administración: la prestación de servicios públicos y la utilización del dominio público. Ambos presupuestos de hecho dan nacimiento a la tasa.

Por otro lado, de las mismas definiciones aparecen ciertas incertidumbres en torno a las características del servicio estatal y a ciertas particularidades relacionadas con el contribuyente, que deben ser analizadas para tener mejores criterios que permitan cotejarlos con las características de los aportes a la seguridad social porque si se procede a considerar a la tasa únicamente con la premisa de que es un tributo caracterizado por la prestación de un servicio público individualizado hacia el sujeto pasivo es viable la demonización del aporte obrero patronal. Se sostiene esta identificación solamente si se define al hecho generador como la realización de las prestaciones que encierran la seguridad social para los aportantes y su pago sirve para el financiamiento del servicio.

De esa línea argumentativa ha participado Ferreiro Lapatza quien mantiene ese criterio y ha encuadrado a los aportes de la seguridad social como tasas expresando que “cabe quizá mantener su asimilación a las tasas si configuramos como hecho imponible la realización por parte de la Administración de un servicio (el servicio de seguridad social) dirigido directa e inmediatamente a favorecer al afiliado individualmente, considerado como individuo aislado”.<sup>70</sup>

No obstante, esta posición no es fácil de aceptar si ha prescindido de notas esenciales que hacen parte de la naturaleza de la tasa. Estas particularidades Valdés Costa las ha examinado y resumido de la siguiente forma: divisibilidad, naturaleza jurídica y eficiencia del servicio público, la incidencia de la voluntad y la ventaja para el particular, y por último la equivalencia entre la prestación y el beneficio.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Insignaris Gómez, *Curso de derecho fiscal*, 389.

<sup>70</sup> Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, 306.

<sup>71</sup> Valdés Costa, *Curso de derecho tributario*, 298-9.

Estos criterios sirven para analizar la naturaleza jurídica de los aportes a la seguridad social con referencia a las notas particulares de la tasa para poder efectivamente aceptar o rechazar su proximidad jurídica hacia la tasa.

Se menciona como característica relevante la divisibilidad del servicio público. Villegas sostiene que “es fundamental para la noción de la tasa el hecho de que el servicio sea divisible [...] es evidente que la divisibilidad es necesaria, dado que si el servicio que da lugar a la tasa no puede fragmentarse en unidades de uso o consumo, será imposible su particularización a persona alguna”.<sup>72</sup>

En esa posición, la divisibilidad del servicio público es requisito sine qua non para poder caracterizar un tributo como tasa. Esto quiero decir que se pueda individualizar o identificar al usuario del servicio, siendo éste prorrateado en unidades de uso o consumo. Giannini ratifica este criterio al indicar “la conexión de las tasas con los servicios divisibles es jurídicamente relevante [...] tan sólo en cuanto la tasa constituye una prestación debida por el desarrollo de una actividad del ente público que afecta particularmente al obligado, lo que solo puede comprobarse en los servicios que se consideren divisibles [...]”.<sup>73</sup>

El servicio público de la seguridad social debe ser divisible en unidades de uso o consumo para proceder a denominar al aporte sufragado por el empleador y trabajador en relación de dependencia como tasa. Si consideramos que la seguridad social comprende un conjunto de prestaciones, las cuales se circunscriben en el tema de salud o atención médica, riesgos de trabajo, y jubilaciones, la característica de la divisibilidad está erosionada por las siguientes razones:

El aporte del trabajador pese a guardar relación estrecha con el servicio público de la seguridad social por su destino, la determinación y liquidación del aporte no se da en función al costo del servicio público, por el contrario se da en función a los ingresos percibidos por su actividad laboral y remunerada. Jamás se estima el número y costo de prestaciones del servicio para determinar la cuantía del aporte, más aún cuando las prestaciones de salud no pueden fragmentarse en unidades de uso o consumo, y las prestaciones de jubilación son producto de un sistema mixto de capitalización y de reparto. Por el contrario, las prestaciones de la seguridad social son brindadas de manera

---

<sup>72</sup>Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 98-9.

<sup>73</sup> Achille Donato Giannini, *Instituciones de derecho tributario* (Madrid: Ed. de derecho tributario, 1957), 51.

indiscriminada en la que cualquier persona que es parte de la agrupación de afiliados puede aprovechar de estos servicios.

Se alimenta más este criterio porque el aporte a la seguridad social se tributa en función a los ingresos salariales del trabajador antes que en función del servicio a la seguridad social, el cual debido a su naturaleza no es divisible por su sistema de seguros sociales. Basta preguntarse si son divisibles en unidades de consumo las prestaciones médicas que forman parte del conjunto de contingencias del seguro general obligatorio.

Igual sucede en el caso del empleador si se observa detenidamente que el aporte patronal no representa la prestación de un servicio público directamente para él, sino que está llamado a contribuir al coste de la seguridad social en virtud de una disposición legal. Además, en el caso que el aporte patronal represente la prestación de un servicio público para el empleador por el supuesto servicio de evitar el pago de las prestaciones sociales que le correspondía a su trabajador en casos de accidentes de trabajo, su aporte no costea un servicio divisible, aunque sí general porque este no es exigido con relación a las eventualidades que pueden sufrir sus trabajadores y por ende el costo del servicio público.

Con respecto a la naturaleza jurídica y el funcionamiento efectivo del servicio público que consiste en el hecho generador de la tasa existen varios puntos de discusión. Es pertinente citar los criterios de Villegas y de García Belsunce quienes sostienen que las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes a la soberanía del Estado. El primer autor expresa “[...] su adhesión a la tesis de que la actividad estatal vinculante debe ser inherente a la soberanía estatal”.<sup>74</sup> El segundo autor defiende que la actividad por la que se da el cobro de una tasa debe ser un servicio público estatal o propio.<sup>75</sup> Por defender aquello es indispensable que el servicio por el cual se exige el pago de una tasa deba corresponder al Estado su prestación, independientemente si lo presta un particular por una concesión, pues en este caso se tiene la condición de agente recaudador antes que titular del derecho de acreencia de la tasa.

---

<sup>74</sup> Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 99.

<sup>75</sup> Horacio García Belsunce, *En defensa de las instituciones* (Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2007), 253.

Por otro lado, el servicio debe ser efectivamente prestado para que jurídicamente sea exigible, así lo estima Jarach al considerar “inaceptable el hecho de que las tasas pueda justificarse en un servicio individualizado, pero meramente potencial [...]”.<sup>76</sup>

Estas características descritas de la tasa hacen parte de la naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social porque en primer término es un deber inherente al Estado garantizar a sus ciudadanos las prestaciones de seguridad social y, en segundo término, esta tarea le corresponde a un ente público conforme lo establezca la ley. Por otro lado, es un servicio efectivo puesto que bastaría su organización para que cubra cualquier eventualidad sufrida por sus aportantes.

No obstante, pese a presentar la seguridad social estas características del servicio público no es posible encuadrar el aporte patronal y del trabajador como una tasa porque las prestaciones a la seguridad social a pesar de ser individualizadas para el trabajador no son divisibles lo que dificulta su división en unidades de uso o consumo. En el caso del empleador tampoco existe una individualización; por el contrario cubre los gastos de los distintos seguros para la protección de los afiliados, por tal razón su determinación se da en función a los ingresos salariales del trabajador y no por el servicio público que representa para él.

Con más acierto se sostiene el alejamiento teórico del aporte a la seguridad social si se verifica que no existe una razonable equivalencia entre el costo del servicio y el monto de la tasa<sup>77</sup> debido a que la cuantía del aporte tanto patronal como del trabajador se da en función de los ingresos salariales de este último y no en estricta relación con el costo de las prestaciones sociales, las mismas que pueden ser superiores o inferiores al importe del aporte.

Este criterio de la razonable equivalencia es defendido por Juan Martín Queralt, quien expresa que “[...] el límite máximo del importe de la tasa será el coste del servicio o actividad, incluyendo los costes directos e indirectos incluso los de carácter financiero,

---

<sup>76</sup> Dino Jarach, *Análisis del Código Tributario para América Latina*, citado por Gustavo Diez, “Tasas y contribuciones especiales” en Vicente Días, dir. *Tratado de Tributación*, t. II (Buenos Aires: Astrea, 2004) 3.

<sup>77</sup> Cuestión que complejiza el tratamiento de la figura, si a estos tiempos se admite la morigeración del principio de equivalencia, como lo refieren César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo, al reparar sobre la prescripción normativa por la cual se admite costos inferiores a la producción del servicio, solventados por la tasa cuando se trata de servicios esenciales destinados para satisfacer necesidades colectivas de importancia para la comunidad, que no pueden estar limitados por razones económicas. Véase César Montaña Galarza y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano: Fundamentos y práctica* (Quito: UASB-CEN, 2014), 198.



amortización de inmovilizado y, en su caso, los costes que sean necesarios para garantizar el mantenimiento y el desarrollo razonable del servicio o actividad en cuestión”.<sup>78</sup>

De esta forma la regla de la razonable equivalencia se erosiona en la esencia jurídica del aporte patronal cuando se observa notoriamente que el mismo no es exigido con base al costo del servicio público, puesto que en ningún momento este parámetro se considera para exigir el aporte a la seguridad social y fijar su monto.

En definitiva, si bien la seguridad social es un servicio público financiado por el empleador y el trabajador, sus aportes no pueden ser catalogados como tasas cuando de modo particular el servicio público no es divisible para cada contribuyente, tanto más que su determinación y liquidación no guarda estrecha relación con el costo del servicio. Por el contrario, éste se impone en función a los ingresos obtenidos por el trabajador, que es el mismo criterio utilizado para fijar el importe del aporte del empleador. Su naturaleza jurídica en estricto sensu provoca un alejamiento con la esencia jurídica que caracteriza a la tasa siendo rechazada su proximidad hacia esta categoría jurídica.

#### **4.3. Aproximación teórica hacia las contribuciones especiales**

Otra categoría tributaria distinta a los impuestos y a las tasas son las contribuciones especiales. Desde la perspectiva latinoamericana se reconoce la autonomía de esta especie tributaria cuyos elementos configurativos surgen del beneficio o ventaja especial que reciben los particulares, producto de la realización de alguna actividad de la administración pública.

El Modelo de Código Tributario para América Latina define a la contribución especial como “el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios especiales derivados de la realización de obras públicas, prestaciones sociales y demás actividades estatales y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación”.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Queralt y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 97.

<sup>79</sup> *Modelo de Código Tributario para América Latina* (OEA/BID), redactado por Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), Gómez de Souza (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay), septiembre de 1967, art. 12.

Su identificación como tributo ha sido discutida y existen planteamientos doctrinarios como los esgrimidos por Berliri<sup>80</sup> y Massone Parode,<sup>81</sup> quienes rechazan la declaratoria de la contribución especial como especie tributaria autónoma.

En la actualidad esta disidencia doctrinaria no se mantiene, aunque sí el espectro amplio de las contribuciones especiales sobre el cual se han incluido un sinnúmero de prestaciones de carácter social y económica que conforman además de la subclasificación en contribuciones especiales de mejoras y de gastos, las contribuciones parafiscales, según lo manifiesta Carlos Giuliani Fonrouge quien acepta la clasificación tripartita de los tributos e incluye a la parafiscalidad “en la categoría de las contribuciones especiales por tratarse de prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de especiales actividades del Estado”.<sup>82</sup>

Esta clasificación, siguiendo al autor referido, desconoce la parafiscalidad como categoría tributaria independiente e integra a toda contribución exigida coercitivamente en materia social o económica y cuyo fin sea asistencial al conjunto de contribuciones especiales. Se habla entonces de una sub clasificación de la categoría de contribución especial que la conformarían conjuntamente con la contribución especial por mejoras y la contribución especial por gasto.

De la Garza incluye dentro de las especies de contribuciones especiales a las contribuciones de la seguridad social, descartando toda posibilidad de considerarla como tributos parafiscales.<sup>83</sup>

Tomando en cuenta estos criterios doctrinarios y observando la amplitud de las contribuciones especiales es necesario identificar las notas esenciales que las caracterizan y de esa forma poder dilucidar si los aportes a la seguridad social son parte de esta categoría tributaria.

Las contribuciones especiales como todos los tributos provienen del acto de imperio emanado por el Estado, siendo la vinculación a la actividad desarrollada por la

---

<sup>80</sup> Antonio Berliri, *Principios de derecho tributario*, (Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1964). 320. Para este autor el beneficio ocasionado por la actividad de la administración pública no es un elemento constitutivo que diferencia a una nueva especie tributaria. Indica que la ventaja especial tiene importancia para una clasificación económica antes que jurídica.

<sup>81</sup> Ver Pedro Massone Parode, *Principio de Derecho Tributario* (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1975), 106.

<sup>82</sup> Carlos Giuliani Fonrouge, “Acerca de la Llamada ‘Parafiscalidad’”, en Susana Camila Navarrine, dir., *Derecho Tributario: Doctrinas Esenciales 1936-2010*, t. II, 873-900 (Buenos Aires: La Ley, 2010), 900.

<sup>83</sup> Sergio De la Garza, *Derecho financiero mexicano*, 27.<sup>a</sup> ed. (México D.F.: Porrúa, 2006), 347.

administración pública y el beneficio o ventaja especial que se deriva del servicio u obra estatal, los elementos indispensables para distinguirse del impuesto y de la tasa.

Estos elementos se desprenden de la definición proporcionada por César García Novoa quien al referirse a las contribuciones especiales indica que consisten en “una actividad o servicio que beneficia al particular obligado a pagar la contribución, pero esa actividad es, en principio, de incidencia o de interés general, por lo que se trataría de un tributo que permite a la sociedad recuperar las ventajas o beneficios obtenidos por los particulares de actuaciones de interés general o colectivo”.<sup>84</sup>

Esta definición claramente contempla el beneficio, actividad e interés general como los elementos constitutivos de las contribuciones especiales. El primer elemento, la apreciación del beneficio concreto y especial se contempla como el fundamento jurídico y económico de esta clase de tributo; y, el segundo y el tercer elemento, el servicio u obra del Estado ejecutado en función de la concreción de objetivos generales que ocasiona ese beneficio especial, son aspectos complementarios que cierran la configuración de este tributo, dado que la actividad pública tiene como fin satisfacer el interés general.

El beneficio es relevante al hablar de las contribuciones especiales, y de este elemento surgen interrogantes sobre su alcance. En un primer momento, se lo puede definir como un plus valor; sin embargo, esto implicaría hacer referencia exclusivamente sobre la contribución especial de mejoras debido a que la propiedad de un particular sufre un incremento de su valor venal por ocasión de la obra pública.

Para evitar esta singularización, Giampetro considera que el beneficio puede consistir en una ventaja económica de cualquier índole, la cual debe ser real, verdadera y efectiva.<sup>85</sup> A estas características, José Vicente Troya le añade la condición de mensurable.<sup>86</sup>

De la Garza, siguiendo el mismo criterio de Jarach, procede a definir la naturaleza de la contribución especial desde el principio del beneficio, denominándolo como el criterio de reparto de las cargas públicas que hace pagar a aquellos sujetos que no reciben un servicio individualizado hacia ellos, pero que se benefician por un servicio de carácter

---

<sup>84</sup> César García Novoa, *El concepto de tributo* (Lima: Tax Editor, 2009), 301.

<sup>85</sup> Giampietro Borrás, *Las tasas en la hacienda pública* (Montevideo: Martín Bianchi, 1959), 342-

3.

<sup>86</sup> Troya Jaramillo, *Manual de derecho tributario*, 58.

general.<sup>87</sup> De esta manera el beneficio o ventaja especial debe existir o por el contrario el tributo no se genera.

Para este mismo autor, este elemento se erige como base de los aportes a la seguridad social y por ello los considera como una subespecie de las contribuciones especiales.<sup>88</sup> Este criterio surge por la relación entre el aporte y el beneficio, el cual se traduce en la obtención de prestaciones particulares que encierran el marco de las contingencias de la seguridad social.

Esta postura puede estar distorsionada si se observa detenidamente que el nacimiento del aporte a la seguridad social como obligación tributaria no se da en función al beneficio que se da con la existencia de un sistema de seguridad social, menos aún cuando se conoce en la praxis que el percibir o no prestaciones de salud, jubilación, cesantía, riesgos laborales no ocasionan el pago de un aporte.

No obstante, para enfrentar esta contraposición puede surgir el planteamiento de que el beneficio está materializado en la protección del aportante ante las diferentes eventualidades que se pudieran presentar. Este planteamiento es aún muy generalizado por no contar con las características del beneficio y, por ende, se demostraría un distanciamiento teórico hacia esta clase de tributo, toda vez que el beneficio tanto para el trabajador como para el empleador no es objetivo y menos aún mensurable.

Montero Traibel defiende la objetividad del beneficio e indica que el mismo se lo debe apreciar independientemente de la voluntad de las personas.<sup>89</sup> Y si se opta por este criterio es indefendible la denominación del aporte a la seguridad social como contribución especial cuando se conoce plenamente que el beneficio de las prestaciones de salud, jubilación y riesgos laborales es subjetivo antes que objetivo porque el trabajador y el empleador no pagan este aporte por el beneficio real, tangible que provoque su exigibilidad. Más bien sucede todo lo contrario, el beneficio en algunos casos no se produce y si llegara a darse el mismo puede ser superior o inferior a las cotizaciones realizadas, por lo tanto, el beneficio no es mensurable.

Esta última nota, la mensurabilidad está distorsionada en el aporte a la seguridad social al momento de que su cuantificación no utiliza como criterio el beneficio sino el

---

<sup>87</sup> De la Garza, *Derecho financiero mexicano*, 342.

<sup>88</sup> *Ibíd.* 347.

<sup>89</sup> Montero Traibel, *Derecho tributario moderno*, 209.

suelo o salario que percibe el trabajador. Por esta razón, José Vicente Troya rechaza la denominación de este aporte como contribución especial.<sup>90</sup>

Otro aspecto fundamental sobre las contribuciones especiales es su vinculación con la actividad de la Administración Pública, la cual puede ser materializada en la ejecución de obras o prestación de servicios para toda la comunidad; dicha actividad estatal, siendo parte del cumplimiento del interés general, genera un beneficio o ventaja especial de la cual surge el tributo.

Al respecto, Giannini sostiene que la actividad administrativa puede ser de dos clases: aquella que ocasiona un beneficio en los bienes de los administrados y aquella otra que provoca un beneficio en la actividad de los administrados.<sup>91</sup> En el primer caso, se hace referencia a la contribución especial de mejora y en el segundo caso de la contribución especial por gasto.

Las primeras son las más aplicadas y tienen como hecho generador el plus valor o el incremento de valor que experimenta la propiedad de algún administrado como consecuencia de la realización de una obra. Las segundas son menos conocidas y se las reconoce como aquellas prestaciones que paga quien para utilizar el servicio público produce un agravamiento del gasto público.<sup>92</sup>

Los hechos generadores de las distintas contribuciones especiales clasificadas y descritas no guardan relación estrecha con el hecho o circunstancia que da nacimiento al aporte patronal y de los trabajadores para la seguridad social. Sin embargo, autores como Giuliani Fonrouge y Valdés Costa se decantan por denominar a los aportes de la seguridad social como contribuciones especiales. Ellos amplían el concepto de contribución especial e incluyen los beneficios sectoriales u actividades especiales para referirse al aporte a la seguridad social como tal especie tributaria. Consecuentemente, definen a la contribución especial como “la prestación obligatoria debida en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado”.<sup>93</sup> De este concepto surgen las razones para incluir a

---

<sup>90</sup> Troya Jaramillo, *Manual de derecho tributario*, 91. Para este autor, las contribuciones para la seguridad social, de acuerdo a lo expresado, no son contribuciones especiales, pues, no se produce necesariamente la ventaja o beneficio para el aportante, al menos uno que tenga las notas de tangibilidad, realidad, mensurabilidad y, en definitiva, acrecimiento patrimonial para el particular.

<sup>91</sup> Giannini, *Instituciones de derecho tributario*, 58.

<sup>92</sup> Troya Jaramillo, *Manual de derecho tributario*, 68.

<sup>93</sup> Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 258.

los aportes a la seguridad social como subespecie de las contribuciones especiales distintas a las de mejoras o por gastos.

Es más, estos autores como elaboradores del Modelo de Código Tributario para América Latina, defendiendo su desarrollo doctrinario, instituyeron a la seguridad social como una contribución especial.<sup>94</sup>

Su posición tiene como antecedente el reconocimiento del principio del beneficio en los aportes a la seguridad social, que tiene fundamento siempre y cuando se concluyera que los aportes realizados por el trabajador se exigen en consideración a su protección frente a las diferentes eventualidades y que la obtención de prestaciones médicas sea inmediata y que los afiliados sean tenedores de derechos futuros como la jubilación.

En estas circunstancias es identificable el beneficio que da los aportes a la seguridad a social a los trabajadores, el mismo que tienes rasgos de mediato e intangible. En el caso de los empleadores, el beneficio está erosionado, pues su pago coadyuva a sostener el gasto público en materia de seguridad social y para esta persona, en calidad de contribuyente no representa directamente un beneficio.

En síntesis, el concepto de beneficio permitirá incluir a los aportes a la seguridad social a la categoría de contribución especial. Si el beneficio es definido con las características de real, concreto, tangible y mensurable y además se determina que su exigibilidad nace al concretarse una relación laboral antes que la obtención misma de la prestación de seguridad social, no puede llamarse a este aporte contribución especial.

No obstante, se deja entrever la posibilidad de que los aportes en mención sean una especie autónoma de las contribuciones especiales, siempre y cuando el beneficio no goce de las características descritas y por ende al hablar de la seguridad social se haga alusión a un beneficio presunto y mediato antes que real y objetivo. Esta divergencia doctrinaria será definida por la óptica tributaria que adopte cada país en sus ordenamientos.

#### **4.4. El aporte a la seguridad social como exacción parafiscal**

La contribución parafiscal, pese a ser una categoría fiscal que abunda en los sistemas fiscales de distintos países, son muy criticadas por su fundamento jurídico.

---

<sup>94</sup> *Modelo de Código Tributario para América Latina* (OEA/BID), art. 12.

Existen posturas que respetan la trilogía clásica tributaria y desconocen su condición de categoría independiente, tal como lo han hecho los ya nombrados mentores del Modelo de Código Tributario para América Latina, y por el tratadista Plazas Vegas en la doctrina colombiana.

Con una postura diferente, Catalina Hoyos Jiménez reconoce expresamente el carácter tributario de las exacciones parafiscales y sostiene que son una figura autónoma del género tributario.<sup>95</sup> Con base en este criterio, José Vicente Troya realiza un análisis de la naturaleza jurídica de la parafiscalidad en la doctrina ecuatoriana para concluir que el aporte a la seguridad social es un arbitrio tributario particular.<sup>96</sup>

Para profundizar el análisis sobre la aproximación del aporte a la seguridad social hacia esta categoría fiscal es pertinente conocer su origen, el mismo que está marcado por la ruptura del paradigma del Estado Liberal al Estado Social, cuyos ejes de trabajo eran eliminar la desigualdad e incrementar sus cometidos prestacionales.

Estos propósitos ideológicos para poder ser alcanzados obligaban la obtención de recursos que permitan cubrirlos; sin embargo, los recursos que corresponden a la hacienda pública entendida como “conjunto sistemático de recursos en dinero, de derechos, bienes, rentas y procedimientos técnicos adecuados para ejercer sobre los ciudadanos una acción coactiva (los llamados tributos en general, y entre ellos, *especialmente los impuestos*)”<sup>97</sup> (énfasis añadido), fueron insuficientes. Este hecho ocasionó el surgimiento de las exacciones parafiscales, una especie de hacienda paralela a la tradicional, que tuvo su origen después de la Segunda Guerra Mundial.

Al respecto, Gabriel Ruan Santos dice “Esta manifestación se hizo más clara después de las guerras mundiales, con el protagonismo que estas dieron al Estado y la necesidad de hacer participar en la financiación de las nuevas actividades públicas a los organismos descentralizados que las asumían y a los sectores de la sociedad que se beneficiaban especialmente de esas actividades”.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Catalina Hoyos y Luis Botero, *Naturaleza jurídica y características de las exacciones parafiscales* (Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999), 860-70.

<sup>96</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 92.

<sup>97</sup> José Pérez de Ayala y Narciso Amoros Rica, *Hacienda Pública: (Apuntes)* (Caracas: Ed. de Derecho Financiero, s.f.), 25.

<sup>98</sup> Gabriel Ruan Santos, “Las exacciones parafiscales”, en Mauricio Plazas Vega, coord., *Del Derecho de la hacienda Pública al Derecho Tributario*, t. II. 2<sup>da</sup>. ed. 486-531 (Bogotá: Temis / Jovene, 2011), 493.

Su surgimiento se da entonces por el innegable intervencionismo del Estado moderno, a lo que se añade como segundo factor la descentralización de las funciones de la administración pública, que facultan a entidades que no pertenecen a la esfera estatal establecer obligaciones pecuniarias para el financiamiento de sus actividades.

Por lo tanto, todas las obligaciones que nacen de una imposición legal del Estado cuyos ingresos no forman parte del presupuesto público y tienen como destino haciendas paralelas reciben el nombre de contribuciones parafiscales.<sup>99</sup> Desde otra perspectiva, es criticable que frente a su creciente proliferación no exista un desarrollo doctrinario que considere la ausencia de ciertos aspectos formales que encierran a los demás tributos, es decir el cumplimiento de los principios tributarios: generalidad, legalidad y progresividad.

Sobre la definición de exacción parafiscal, Catalina Hoyos Jiménez indica:

Son tributos establecidos por autoridad de la ley que están a cargo de los miembros de un determinado sector o grupo económico o social con destino a financiar una actividad que interesa al mismo grupo o sector en beneficio de todos los aportantes, la administración de los recursos puede hacerse tanto por organismos públicos, semipúblicos o privados.<sup>100</sup>

De acuerdo a esta acepción se puede denotar sus notas esenciales. Primero, algo indiscutible su naturaleza tributaria al ser exigidos de forma coercitiva por el Estado que en ejercicio de su poder de imperio los impone legalmente. En segundo lugar, su aplicación, la cual pertenece a entes públicos o semipúblicos, descentralizados y autárquicos que no conforman la estructura central del Estado o pertenecen a los entes con competencia político territorial. Por último, la afectación o destino, elemento relevante a esta figura tributaria, demuestra que los ingresos parafiscales estén destinados exclusivamente a financiar determinados servicios públicos y que no pertenecen a la hacienda estatal, por lo que su disponibilidad no está a disposición del gobierno de turno.

---

<sup>99</sup> Este término apareció oficialmente en el Informe Schuman redactado en el año 1946 por quien fungía en ese entonces de Ministro de Finanzas de Francia, Roberto Schuman, documento que integraba un conjunto de exacciones parafiscales, tales como tasas para ciertas reparticiones y establecimientos públicos, cargas sociales y cargas profesionales. Sin embargo, el tema de la parafiscalidad se le atribuye al profesor Emmanuelle Morselli, quien en el año 1938 presentó su estudio sobre las finanzas de las instituciones administrativas denominado *Primeros rasgos introductivos a la teoría de la parafiscalidad*; su investigación no fue apreciada en su momento porque “el artículo de Morselli, aparecido en pleno auge del fascismo, pasó inadvertido en su momento y luego sufrió el eclipse consiguiente da la caída del régimen. Giuliani, “Acerca de la Llamada ‘Parafiscalidad’”, 873-874.

<sup>100</sup> Catalina Hoyos Jiménez, “Tributos vinculados y parafiscalidad”, en Mauricio Plazas Vega, coord., *Del Derecho de la hacienda Pública al Derecho Tributario*, 2.<sup>a</sup> ed., 2: 532-87 (Bogotá: Temis / Jovene, 2011), 581.



A prima facie, todos estos elementos son parte de la seguridad social y por ello existen algunos estudiosos que incluyen a los aportes a la seguridad social dentro de las exacciones parafiscales.<sup>101</sup>

Es visible que el aporte a la seguridad social es una obligación *ex lege*, la voluntariedad de los contribuyentes en el aporte del trabajador dependiente y del empleador no está presente. De igual manera, su destino es único y exclusivo al utilizarse para las prestaciones que encierran las contingencias a la seguridad social.

En este punto resaltamos la notabilidad dada a este elemento jurídico por parte de José Vicente Troya al separar los tributos ortodoxos de las exacciones parafiscales por cuanto el producto de las primeras no se encuentra afectado para algún servicio u obra pública, como sí lo está el producto de las segundas.<sup>102</sup> Para este autor, esta particularidad constituye el criterio diferenciador de los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. Por lo tanto, al ser el aporte a la seguridad social dirigido a cubrir el gasto relacionado con la previsión social es un tributo parafiscal.

Esta posición se acentúa más desde el momento que la relación jurídica entre el aportante sea del trabajador o del empleador en calidad de contribuyentes -usando un término tributario- se mantiene con un ente autónomo, dada su separación al Estado central, el mismo que goza del derecho de crédito tributario.

Se identifica plenamente que las exacciones parafiscales tienen como características esenciales ser tributos cuyos ingresos no forman parte del Tesoro Nacional, que son ingresos públicos obtenidos y administrados por entidades descentralizadas con autonomía financiera, que engrosan sus presupuestos y se emplean directamente en sus cometidos institucionales. Este punto que guarda relación a la inclusión o no en los presupuestos estatales no incide sustancialmente en el ámbito tributario, como sí sucede bajo la lupa de las políticas hacendísticas.

Asimismo, este punto expone la existencia de haciendas paralelas a la hacienda fiscal, aspecto relevante para la ciencia de las finanzas públicas que, bajo un sucinto análisis, plantearía conocer sobre la violación de los principios de universalidad y unidad de caja debido a la existencia de ingresos públicos predestinados, cuyo control y administración les corresponde a instituciones que no pertenecen al Estado.

---

<sup>101</sup> Ver Claudete Aparecida Cardo, *Direito Tributario* (Sao Paulo: José Bushatsky, 1971), 83.

<sup>102</sup> Troya Jaramillo, *Manual de derecho tributario*, 83. Presente un cuadro sinóptico en el que estructura la diferencias entre las distintas categorías tributarias.

Vinculando toda esta teoría de la parafiscalidad con el sistema público de seguridad social del Ecuador es factible su consideración como exacción parafiscal, si es que se entiende que ésta es una especie tributaria. Sin embargo, si se analiza con mayor profundidad la estructura del sistema de seguridad social los resultados pueden variar. El aspecto encargado de alejar a los aportes de la seguridad social de esta categoría llamada parafiscalidad está en el principio de la generalidad que es fundamento teleológico de los tributos ortodoxos.

Los aportes a la seguridad social no están normados para exigirse a un grupo social o económico por la aplicación del principio de universalidad y por la constitución de la forma de su hecho generador. Su exigencia parte de que todos los sujetos que cumplan con el hecho previsto en la norma, tal como sucede con el impuesto, tasa o contribución especial, deben aportar a la seguridad social. Entonces a la hora de imponer este aporte no existe una discriminación arbitraria sino que todos aquellos que cumplan con el hecho generador deberán cancelar dicho aporte.

Esto equivale a decir que el aporte a la seguridad social no está a cargo de un sector o grupo económico o social determinado que se benefician de él, sino que corresponde a cualquier persona que cumpla con los presupuestos legales que den nacimiento a esta obligación.

Al respecto, Roberto Insignaris Gómez afirma que los aportes a la seguridad social al no comprometer a un sector específico y al ser un deber de todas las personas el contribuir a la seguridad social se debe descartar como ejemplo de parafiscalidad.<sup>103</sup>

Sin embargo, vale analizar que la actividad del ente encargado de la seguridad social sí vincula al sujeto pasivo trabajador con el destino del aporte. Salirse del supuesto que genera el pago del aporte y vincular su pago con la actividad desplegada por dicha institución a favor del aportante, sí modula la naturaleza del aporte obrero patronal para afirmar su connotación parafiscal.

En consecuencia, los aportes a la seguridad social al sujetarse a un régimen jurídico propio que asimila en parte la teoría del tributo con ciertas especificaciones inherentes a esta categoría fiscal se puede reconocer su aproximación teórica hacia las exacciones parafiscales, cuyo reconocimiento doctrinario es suficiente para identificar la presencia de las notas esenciales de la parafislicidad en el aporte obrero patronal. La

---

<sup>103</sup> Insignares Gómez y otros, *Cuso de derecho fiscal*, 403.

estructura y características del sistema de seguridad social adoptado por cada país, así como la configuración normativa del hecho generador de los aportes a la seguridad social determinarán su identificación como especie tributaria.



## **Capítulo segundo**

### **El aporte a la seguridad social en el derecho comparado y su caracterización en el Ecuador**

#### **1. El aporte a la seguridad social en el Derecho comparado**

La seguridad social como derecho fundamental ha sido positivizado a nivel constitucional. Este estudio refiere a tal reconocimiento en las Constituciones de España, Colombia, México y Ecuador. De igual manera, en el marco infra constitucional de cada país consta su contenido, objeto, regímenes y fuentes de financiamiento, regulación que obra generalmente en normas de carácter social.

No es discutible que el tema de recursos económicos de la seguridad social conste en esta clase de normas, aunque sería conveniente en ese marco definir y describir la naturaleza jurídica de los aportes a la seguridad social de los trabajadores y de sus empleadores, cuestión que no ha sido suficientemente abordada conforme se desprende de la revisión normativa comparada, a excepción de México, que en su regulación tributaria procede a definirse esta prestación.

Con ese objetivo se realiza el siguiente análisis integral comparando la regulación del aporte a la seguridad social en España, por ser un país cuya normativa ha influido la construcción del ordenamiento jurídico del Ecuador; de Colombia, por ser un país cuyo ordenamiento jurídico reconoce la existencia legal de la contribución parafiscal de tal forma que su revisión es útil para el objetivo de esta investigación. Finalmente, de México por ser una economía emergente y de cuya experiencia puede advertirse una naturaleza fiscal del aporte obrero patronal.

##### **1.1. El aporte a la seguridad social en España**

La Constitución española reconoce el derecho a la seguridad social a todos los ciudadanos y establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes

ante situaciones de necesidad; recalcando que las prestaciones complementarias serán libres.<sup>104</sup>

En el ordenamiento infra constitucional, la Ley General Tributaria define y proporciona una clasificación tripartita del concepto tributo en: Impuestos, tasas y contribuciones especiales.<sup>105</sup> Esta ley no se limita a clasificarlos sino extiende una definición para cada uno de ellos.

Entre sus disposiciones no se hace referencia sobre el aporte a la seguridad social a excepción de la Disposición Adicional Segunda, que dice: “Esta ley no será de aplicación a los recursos públicos que correspondan a la Tesorería General de la Seguridad Social, que se regirán por su normativa específica”.<sup>106</sup>

Como puede apreciarse, esta ley desvincula del ordenamiento jurídico tributario la regulación del aporte a la seguridad social y recalca que su desarrollo normativo consta en una ley específica denominada Ley General de Seguridad Social.

La Ley de Seguridad Social estructura el Sistema de Seguridad Social español en el que se positiviza los fines, las clases de regímenes y la existencia de las modalidades contributiva y no contributiva para acceder a la acción protectora de la seguridad social.<sup>107</sup> La existencia de estas modalidades refleja que el Estado coercitivamente exige una *cuota* para la seguridad social y así consta de su texto normativo mediante el cual se regula presupuestos básicos para su exigibilidad, quienes deben contribuir, en qué momento deben contribuir, sobre qué deben contribuir, porcentaje de contribución, quien administra esos recursos, las prestaciones que se recibirán, entre otros.

Sobre lo dicho se puede identificar de la Ley de Seguridad Social que: el sujeto pasivo del aporte contributivo son los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios a personas físicas o jurídicas [trabajador en relación de dependencia], trabajadores por cuenta propia o autónomos, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes, funcionarios públicos, civiles y militares.<sup>108</sup>

---

41 <sup>104</sup> España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado 311,29 de diciembre de 1978, art.

2. <sup>105</sup> España, *Ley General Tributaria*, Boletín Oficial del Estado 302, 18 de diciembre de 2003, art.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, Disposición Adicional Segunda.

<sup>107</sup> España, *Ley General de la Seguridad Social*, Boletín Oficial del Estado 261, 31 de octubre de 2015, art. 2 núm. 1.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, art. 7 núm. 1.

Esta disposición prevé que la cotización obligatoria es en todos los regímenes. El régimen general interesa al campo de esta investigación. El sujeto pasivo del aporte contributivo son los trabajadores y empresarios, demostrando la dualidad del aporte en función a quien presta un servicio en relación de dependencia y quien se constituye como empresario.<sup>109</sup>

La obligación de aportar coercitivamente nace en el momento de iniciación de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba.<sup>110</sup> La base de contribución “estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena”.<sup>111</sup> La forma de aportar será satisfecha en 14 pagos que corresponden a cada mes del año más dos cuotas extraordinarias, canceladas en junio y noviembre.<sup>112</sup>

La tarifa del aporte tanto del trabajador o del empresario será fijada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.<sup>113</sup> Esta derivación normativa genera la connotación de encontrarnos frente a un recurso público y que el Estado en ejercicio de su poder de imperio fija uno de los elementos de las aportaciones a la seguridad social en una norma de carácter financiero.

El sujeto activo de este aporte contributivo es la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual tiene la potestad de liquidar y recaudar los recursos provenientes de esta exacción legal.<sup>114</sup> Estos recursos públicos entran a formar parte de esta entidad autónoma, y consecuentemente por disposición expresa de la ley son recursos que no pertenecen al patrimonio del Estado.<sup>115</sup>

La Constitución española, con respecto al sistema tributario, enfatiza que “solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con respecto a la Ley”.<sup>116</sup> En función de este principio constitucional se colige fácilmente que

---

<sup>109</sup> España, *Ley General de la Seguridad Social*, art. 141.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, art. 144.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, art. 147.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, art. 46.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, art. 145 núm. 1.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, art. 22.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, art. 103.

<sup>116</sup> *Constitución española*, art. 31 núm. 3.

el aporte a la seguridad social recae en esta categoría, aunque amplia, pero útil para evidenciar el poder de imperio del Estado para imponer esta carga a los ciudadanos.

En España resulta paladina la naturaleza jurídica tributaria del aporte del trabajador obligado al pago y de su empleador o empresario al momento de revisar la construcción normativa del aporte a la seguridad social tomando como referencia la obligatoriedad de su pago y la vía coactiva como prerrogativa de la institución, más la presencia o utilización de los elementos de un tributo, pese a que se encuentra desarrollado en una ley de carácter social con contenido financiero (hacienda paralela) y tributario (tributo).

## **1.2. El aporte a la seguridad social en Colombia**

La Constitución Política de Colombia define a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y permite que sea prestado por entidades públicas o privadas.<sup>117</sup> Esta disposición constitucional no descarta la privatización de la seguridad social aunque reconoce expresamente que la dirección, coordinación y control le pertenece al Estado. La administración puede estar en manos de personas privadas. Este detalle normativo implica la existencia de instituciones particulares encargadas de un servicio público que se constituyen como entes recaudadores y liquidadores de las cotizaciones obrero patronales.

La Ley 100 de 1993 crea el Sistema de Seguridad Social Integral que comprende el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de Salud. El primero tiene como objeto cubrir las contingencias de la vejez, invalidez y muerte.<sup>118</sup> La afiliación es obligatoria para “Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta Ley”.<sup>119</sup> Se excluye a los trabajadores independientes, quienes forman parte de un régimen voluntario. Las cotizaciones a este sistema corresponden tanto para el empleador y trabajador, lo cual implica una aportación bipartita que se realiza en función al salario mensual del trabajador.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Gaceta Constitucional Nro. 116, 20 de julio de 1991, art. 48.

<sup>118</sup> Colombia, *Ley 100 de 1993*, Diario Oficial 41.148, 23 de diciembre de 1993, art. 10.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, art. 15.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, art. 18.



Tal como sucede en España, el hecho generador del aporte obrero patronal es la prestación del servicio del trabajador. No existe contraposición legal. Los afiliados al momento de realizar su aporte contributivo pueden elegir el régimen al que se acogen, consecuentemente su aporte ingresará bajo el régimen solidario de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad. El Instituto de Seguros Sociales administra el primer régimen mientras que las entidades autorizadas, sean estas públicas o privadas les corresponde la administración del segundo régimen, que queda a elección del afiliado.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud existen dos tipos de afiliación: El régimen contributivo y el régimen subsidiado. Por el objeto de la investigación se profundizará en el régimen contributivo, al que están afiliados todas las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo y los servidores públicos.<sup>121</sup>

El aporte del trabajador y empleador es obligatorio por ley, so pena de sanción pecuniaria. En este régimen participa el Estado como ente rector, de regulación, control y vigilancia. Se crea las entidades promotoras de salud que están encargadas de la afiliación y recaudo de las cotizaciones en calidad de delegadas por el Fondo de Solidaridad y Garantía.<sup>122</sup> Estas entidades se constituyen como el ente de afiliación, recaudación y liquidación de los aportes dados por los trabajadores y empleadores. Finalmente, las prestaciones de salud a favor de los afiliados son prestadas por las instituciones prestadoras de servicios contratadas por las entidades promotoras de salud.

La configuración de este sistema establece la participación de tres estamentos al momento del otorgamiento de las prestaciones médicas. El Estado regula la determinación de un aporte obrero patronal obligatorio mediante ley. Las Entidades Promotoras de Salud afilian, recaudan y liquidan estas aportaciones. Las Instituciones Prestadoras de Servicios brindan las prestaciones de salud a favor de los afiliados.

En este sistema, la recaudación y liquidación de las cotizaciones no se da estrictamente por entidades públicas sino privadas a elección del afiliado. Se puede fácilmente percatar que la administración pública se limita a regular el aporte a la seguridad social pero no a administrarlo. Evidentemente, el aporte es una exacción legal,

---

<sup>121</sup> Ley 100 de 1993, art. 157 lit. a.

<sup>122</sup> Ibíd., art. 177.

coaccionada y no voluntaria. La voluntariedad se da al momento de elegir la entidad que administrará sus aportes.

Por las connotaciones legales, el aporte a la seguridad social recae en la categoría de prestación patrimonial pública y de manera específica en una contribución parafiscal. Su destino está ligado a los fines por los cuales se exigieron, tal como lo dice la Constitución Política.<sup>123</sup> En la ley nada se dice sobre su naturaleza tributaria; sin embargo, se identifica elementos integradores de un tributo.

La Constitución Política permite la imposición de contribuciones fiscales y parafiscales a través de cuerpos colegiados legislativos.<sup>124</sup> La Ley 225 de 1995 que reforma La Ley de Presupuesto 179 de 1994 define a las contribuciones parafiscales en los siguientes términos:

Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”.<sup>125</sup>

El ordenamiento jurídico colombiano contempla no solo la creación de contribuciones fiscales sean impuestos, tasas o contribuciones especiales sino también el establecimiento por ley de contribuciones parafiscales, que a la luz de su definición el aporte del trabajador y del empleador pertenecen a dicha categoría por la estructuración del sistema de seguridad social.

### **1.3. El aporte a la seguridad social en México**

El Estado mexicano desarrolla conjuntamente con el derecho al trabajo el derecho a la seguridad social en la Constitución Política, la cual entre sus disposiciones

---

<sup>123</sup> *Constitución Política de Colombia*, art. 48.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, art. 338.

<sup>125</sup> Colombia, *Ley 225 de 1995 que modifica Ley Orgánica de Presupuesto*, Diario Oficial 42.157, 20 de diciembre de 1995, art. 2.

constitucionales con respecto al derecho al trabajo, establece las bases mínimas de la seguridad social referente al grupo de contingencias,<sup>126</sup> y reconoce la utilidad de la Ley de Seguridad Social.<sup>127</sup>

México reconoce al aporte a la seguridad social como categoría tributaria distinta al impuesto, contribución de mejoras y derecho -tasa en el escenario ecuatoriano-. El Código Fiscal de la Nación lo define como “las contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado”.<sup>128</sup>

Este reconocimiento legal como tributo es una manifestación expresa de su naturaleza tributaria que no existe en el ordenamiento jurídico de España y de Colombia. De esta forma, el Derecho material tributario de México amplía la clasificación clásica de tributo y desarrolla un marco normativo para la regulación del aporte a la seguridad social a través de la Ley del Seguro Social, cuyas disposiciones legales tienen el carácter de fiscal.

La Ley de Seguridad Social establece dos regímenes de contribución. El régimen obligatorio y el régimen voluntario. El régimen obligatorio incluye a “Las personas que [...] presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones”.<sup>129</sup>

Los trabajadores bajo relación de dependencia, así como sus empleadores tienen la obligación de soportar este gravamen, correspondiéndoles a estos últimos determinar las cuotas obrero patronales a su cargo y entregar su importe al Instituto Mexicano de Seguridad Social.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 05 de febrero de 1917, art. 123 num. XXXI, apartado XI.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, art. 123 num. XIX.

<sup>128</sup> México, *Código Fiscal de la Federación*, Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1981, art. 2.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, art. 12.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, art. 15 num 3.

La base imponible de la cuota patronal “se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo”.<sup>131</sup> La cuota obrero patronal no solo toma en cuenta el salario remunerado por el trabajador sino también otros emolumentos que pueden circunscribirse como contraprestación por el trabajo realizado. La forma de determinación de la cuota obrero patronal dependerá de la forma de prestación del trabajo y puede ser de forma mensual, semanal o diaria.<sup>132</sup>

La Seguridad Social se divide en Seguros de Riesgos de Trabajo, Seguro de Enfermedad y Maternidad, Seguro de Invalidez y Vida, Seguro de Retiro, Cesantía en edad Avanzada y Vejez, y Seguro de Guarderías.

El Seguro de Riesgos de Trabajo es financiado por la cuota patronal. No es recurso de este seguro el aporte del trabajador.<sup>133</sup> Los recursos financieros para el Seguro de Enfermedad y Maternidad se consolidan por la cuota patronal, del trabajador y de la contribución estatal.<sup>134</sup> Este Seguro tiene una fuente contributiva proveniente de aporte obligatorio y una asistencial dada por recursos provenientes del presupuesto estatal.

El Seguro de Invalidez y Vida se financia con las aportaciones obrero patronales y contribuciones estatales que provienen de la Hacienda Nacional.<sup>135</sup> Estos mismos recursos se constituyen como la fuente contributiva para garantizar las prestaciones al Seguro de Retiro, Cesantía y Vejez;<sup>136</sup> Mientras que el Seguro de Guarderías se financian estrictamente con las cuotas patronales.<sup>137</sup> La Ley de Seguridad Social establece la tarifa del aporte del trabajador y empleador para cada seguro.

Otro elemento que se desprende de la revisión de este cuerpo legal es el sujeto activo de este aporte. Al respecto, el Instituto Mexicano de Seguridad Social es un organismo autónomo fiscal, siendo una de sus facultades y atribuciones:

Recaudar y cobrar las cuotas de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, guarderías y prestaciones sociales, salud para la familia y

---

<sup>131</sup> México, *Código Fiscal de la Federación*, art. 27.

<sup>132</sup> México, *Ley del Seguro Social*, Diario Oficial de la Federación, 21 de diciembre de 1995 art.

29.

<sup>133</sup> México, *Ley del Seguro Social*, art.71.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, art. 105.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, art. 146.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, art. 167.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, art 212.

adicionales, los capitales constitutivos, así como sus accesorios legales, percibir los demás recursos del Instituto, y llevar a cabo programas de regularización de pago de cuotas. De igual forma, recaudar y cobrar las cuotas y sus accesorios legales del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.<sup>138</sup>

El aporte obrero patronal para la Seguridad Social nace como tributo por su exigibilidad a través de una ley fiscal y cuya regulación se da en un cuerpo legal especial con contenido tributario. Su reconocimiento como tributo exige que se respete los principios del Derecho tributario, tales como reserva de ley, legalidad, generalidad y proporcionalidad. No se deja a la discrecionalidad de los directivos de la entidad para que determine cualquier elemento del aporte a la seguridad social sin seguirse un procedimiento de sanción legal.

Por otro lado, eleva a la categoría de organismo fiscal al organismo correspondiente de este servicio, permitiendo que el cobro de este tributo se realice a través del procedimiento de ejecución. Se reconoce expresamente el crédito fiscal.

## **2. El aporte a la Seguridad Social en Ecuador**

### **2.1. La relación jurídica del trabajador dependiente y de su empleador con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social**

En este acápite no se desarrollará una discusión en abstracto de la relación jurídica, se buscará analizar la relación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) con los trabajadores en relación de dependencia y los trabajadores desde una óptica estática y una funcional.

El concepto de relación jurídica tributaria no ha sido definido por el Código Tributario del Ecuador. La doctrina ha proporcionado varias acepciones. José Vicente Troya la entiende como “un modo de explicar al conjunto de mutuos derechos y obligaciones que surgen entre la Administración y los particulares, con ocasión del nacimiento, exigibilidad y extinción de la obligación tributaria”.<sup>139</sup>

Por su parte, Fernando Pérez Royo define a la relación jurídica más que una relación crédito-deuda entre el ente público acreedor y el sujeto pasivo como una relación

---

<sup>138</sup> México, *Ley del Seguro Social* art. 151 num. XII.

<sup>139</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 145.

de contenido material y formal o instrumental.<sup>140</sup> Este autor se decanta por la teoría funcional del tributo para desarrollar la vinculación entre Estado y particulares con ocasión de la obligación tributaria.

García Vizcaíno sostiene que este tipo de relación jurídica no puede definirse de una sola manera, sino que se pueden dar obligaciones de dar conforme a lo que señala la ley y los elementos que según ella se dispongan para configurar el tributo, cualquiera que este fuere.<sup>141</sup>

Estas definiciones doctrinarias ponen sobre la mesa: 1. El análisis estructural de la relación jurídica desde una visión intersubjetiva y 2. La actividad administrativa procedimental para la obtención de las prestaciones de carácter tributario.

Sobre el primer punto, se colige que las partes intervinientes en esta relación intersubjetiva son: El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en calidad de sujeto activo y los trabajadores dependientes y empleadores en calidad de sujetos pasivos.

Esta relación jurídica deviene del nacimiento de la obligación *ex lege*, de aportar económicamente a la seguridad social e impuesta mediante ley al trabajador y al empleador. Al constituirse como tal, genera el derecho de crédito a favor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En simples términos, se visibiliza *prima facie*, una relación jurídica de crédito y deuda entre el IESS y los sujetos pasivos nombrados.

El aporte dinerario a la seguridad social es la obligación principal del trabajador y del empleador para con el IESS. Esta obligación pertenece al catálogo de prestaciones patrimoniales públicas. Se sostiene este punto porque es un recurso público a favor de una entidad autónoma, pero de naturaleza pública, regulada por el Derecho público y que nace por imposición legal y no por el concurso de voluntades del empleador y trabajador con el IESS.

En una relación jurídica tributaria subyace la obligación tributaria. El profesor Dino Jarach señala su concepto y dice que en esencia es una prestación pecuniaria coactiva que pesa sobre un sujeto a favor del Estado u otra entidad pública que tenga derecho a ese ingreso como consecuencia de su poder tributario.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Fernando Pérez Royo, *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 13<sup>a</sup> ed. (Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2013), 140.

<sup>141</sup> Catalina García Vizcaíno, *Derecho Tributario* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 302.

<sup>142</sup> Dino Jarach, “El hecho imponible”, *Revista de Jurisprudencia* (1943): 78.

De este concepto surgen características que constan claramente en la obligación dineraria de aportar a la seguridad social. El aporte es una exacción legal a favor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a cargo de los sujetos determinados en la ley, que son el empleador y el trabajador.

El aporte obrero patronal se exige por el cumplimiento del presupuesto de hecho establecido por la ley y denominado hecho generador. En el caso de estudio, el hecho generador es el inicio de la prestación de un servicio subordinado y remunerado del trabajador y por ende, según criterio del autor, es la forma del nacimiento de la obligación tributaria de aportar a la seguridad social.

Además, esta obligación dineraria no nace solo por disposición legal sino por norma constitucional, al decir la Constitución de la República que “Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores [...]”.<sup>143</sup> A la postre, el aporte obrero patronal es una figura coactiva creada por mandato constitucional y desarrollado en una ley especial.

De esta manera el aporte a la seguridad social es el *contenido material* de la relación jurídica con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y que alcanza carácter tributario por la naturaleza de la obligación dineraria de aportar. El Código Tributario define como obligación tributaria: “el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley”.<sup>144</sup>

Esta definición legal sirve para catalogar indiscutiblemente el aporte obrero patronal como obligación tributaria que enlaza el vínculo entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con el trabajador y el empleador.

Esta relación es intersubjetiva. Existen dos partes. El sujeto activo entendido como “el titular del supuesto de hecho que genera su derecho a percibir el crédito tributario”.<sup>145</sup> La calidad de sujeto activo la ostenta el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por ser

---

<sup>143</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 371.

<sup>144</sup> Ecuador, *Código Tributario*. Registro Oficial, Suplemento No. 38, 14 de junio de 2005, art. 15.

<sup>145</sup> Manuel González Sánchez, “Los sujetos pasivos”, En Andrea Amatucci dir., t. II, *Tratado de Derecho Tributario: El Estado, los entes locales y otros sujetos* (Bogotá: Temis, 2001), 135.

la institución acreedora del aporte obrero patronal.<sup>146</sup> Su naturaleza jurídica se resume en entidad pública autónoma y descentralizada. No pertenece al Estado central y sus recursos no se mezclan con los recursos del presupuesto estatal. La facultad de recaudación del aporte obrero patronal le compete.<sup>147</sup> Esta obligación principal de la relación jurídica con el IESS es exigible hasta los 15 días del mes inmediato posterior a la afiliación.<sup>148</sup>

El sujeto pasivo de esta relación jurídica es el empleador y el trabajador en relación de dependencia. En la categoría de empleador no solo concurren personas o instituciones particulares sino la misma administración pública central o seccional o cualquier institución pública debido a la configuración del hecho imponible y que paralelamente proyecta la aplicación del principio de generalidad.

Estos son los sujetos intervinientes en la relación jurídica del aporte a la seguridad social y su obligación principal es aquella que se paga de forma individual y con destino a las arcas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Con una visión más holística de esta relación se puede constatar que paralelamente a la obligación de pago existe otra obligación de carácter principal y es la *prestación del seguro social*. La ley que regula la materia ordena al IESS a “proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, invalidez, vejez y muerte, en los términos que consagra esta Ley”.<sup>149</sup>

Esto implica reconocer que el aporte obrero patronal está directamente relacionado con las prestaciones en especie o en dinero que brinda el IESS. De esta forma el aporte del trabajador se vincula con la administración del Seguro Social para la obtención de las prestaciones a las que el trabajador tiene derecho; mientras que la intervención del empleador como sujeto pasivo con obligación de aportar no conlleva la protección del seguro social.

Existen otras obligaciones de carácter formal o procedimental en la constitución de esta relación jurídica. Es pertinente traer lo dicho por el autor Rafael Calvo quien

---

<sup>146</sup>Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 16: “El Instituto Ecuatoriano una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional”.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, art. 50.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, art. 73.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, art. 17.



señala que “la garantía ante el tributo no se detiene sólo en la creación, sino que va más allá. La interpretación de la norma fiscal y la aplicación del tributo (su cuantificación y, en determinados casos, su imputación subjetiva) tiene una dificultad e importancia notables y requieren una preparación, especialización e imparcialidad máximas”.<sup>150</sup>

No basta exponer dogmas contruidos desde la norma que crea el tributo sino analizar la forma, el procedimiento de aplicación del mismo. En el caso del IESS le corresponde ejecutar normas de gestión tributaria. Está investido de la potestad de liquidar y recaudar el aporte obrero patronal mediante la actividad administrativa que despliega con el propósito de hacer efectivo su derecho de acreencia.

Por el lado del empleador, no solo le corresponde sufragar el aporte sino cumplir con una obligación formal con el IESS, que es la afiliación del trabajador al momento que inicie a prestar sus servicios personales. A este deber se suma el de declarar la remuneración que percibe el trabajador y la modificación salarial para la liquidación del aporte obrero patronal. También tiene que realizar el aviso de salida de su trabajador para deponer su obligación de mantenerse aportando a la seguridad social por causa de la finalización de la relación laboral.

Además de contribuyente, el empleador actúa como agente de retención del aporte del trabajador al disponerse mediante ley retener esta cuota al momento de la cancelación de la remuneración y transferirlo a los fondos del IESS.<sup>151</sup>

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ante la falta de pago del aporte obrero patronal está en la facultad de iniciar el proceso de ejecución coactiva para su recaudación más los intereses de mora que se generen hasta la fecha de pago, o en su caso, la responsabilidad patronal en tanto el IESS haya brindado las prestaciones asistenciales al trabajador cuando el trabajador se encontrará en mora a causa del empleador. A darse esta potestad coactiva a la entidad acreedora se reclama más la naturaleza tributaria del aporte obrero patronal.

---

<sup>150</sup> Rafael Calvo Ortega, “Los agentes sociales frente a la externalización de los servicios tributarios: ventajas y desventajas”, en Fernando Serrano Antón, dir., *La externalización de los servicios tributarios* (Madrid: Thomson Reuters, 2009), 139.

<sup>151</sup> Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 82: Los créditos a favor del Instituto, inclusive los intereses de mora y multas, se recaudarán mediante retenciones de los sueldos y salarios de los afiliados. A requerimiento del Instituto, los patronos y oficiales pagadores se hallan obligados a efectuar dichas retenciones bajo su responsabilidad personal.

Esta recaudación coactiva inicia como protección de créditos tributarios. Fernando Serrano Antón indica que esta protección tributaria se desarrolla en dos fases o estadios procedimentales:

“A la primera fase le corresponde la determinación de la cuantía de la obligación, es una especie de procedimiento declarativo que busca la correspondencia entre el hecho imponible realizado y la liquidación practicada. Si se llega a ella, el acto de liquidación firme debe ejecutarse siendo la recaudación ejecutiva una forma de *tutela del crédito tributario*. Debe quedar claro que entre el procedimiento de liquidación o de autoliquidación y el procedimiento de recaudación existe una unión lógica y de finalidad muy estrecha”.<sup>152</sup> (énfasis añadido)

Dentro de esta relación jurídica tributaria y a más de la obligación de pago en dinero del aporte obrero patronal el IESS tiene la misión de brindar las prestaciones básicas que encierra el Seguro General Obligatorio para sus afiliados,<sup>153</sup> por ser un derecho de los trabajadores en relación de dependencia. Estas prestaciones de la seguridad social no pueden ser suspendidas pese al incumplimiento de pago del empleador o del trabajador.

Los elementos de esta relación jurídica visibilizan la connotación tributaria del aporte obrero patronal regulada a través de normas que buscan satisfacer intereses públicos, como es la seguridad social y cuya efectiva prestación se dará en función de la actividad que realice el IESS.

No es suficiente mirar esta relación jurídica como el cumplimiento del pago de una obligación material sino la conjugación con otros deberes y facultades de carácter instrumental para alcanzar dicho interés público en la forma y en las modalidades que se ha fijado en la ley.

De acuerdo a este planteamiento, la relación jurídica entre el IESS, el trabajador en relación de dependencia y el empleador es de contenido complejo. No es suficiente revisar la relación jurídica a partir de la obligación de aportar. Hay que mirar que a lado de la obligación de aportar existe la actividad prestacional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

---

<sup>152</sup> Fernando Serrano Antón, “La Recaudación en período ejecutivo: Concepto: Naturaleza y aspectos organizacionales”, en Fernando Serrano Antón, dir. *Recaudación ejecutiva y hacienda local* (Madrid: Thomson Reuters/Civitas, 2008), 27.

<sup>153</sup> Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 3.

A mi criterio, la afiliación al seguro social se convierte en la causa material de nacimiento de la relación jurídica prestacional del Seguro Social, y la obligación de aportar se constituye como el contenido principal de la relación jurídico tributaria. Esta relación jurídica no basta mirársela desde el ámbito fiscal sino en su total composición, porque frente a una actividad pública del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hay una modulación sustancial en la naturaleza jurídica del aporte obrero patronal.

## **2.2. El aporte a la seguridad social desde la perspectiva del empleador**

Este acápite y los subsiguientes se constituyen como los puntos medulares de la presente investigación, trabajo que hasta al momento se ha basado en las directrices dogmáticas del Derecho tributario y con mucho apego en el análisis del hecho generador, obligación tributaria y sujetos intervinientes.

Se ha dejado de lado la aplicación de criterios hacendísticos, los mismos que desde estas páginas y las subsiguientes enriquecerán el debate sobre la naturaleza del aporte obrero patronal. De esta manera, se inicia el reto de escribir con visión ecléctica que permita conjugar el Derecho tributario y la ciencia de las finanzas públicas.<sup>154</sup>

Es indiscutible que el aporte del trabajador en relación de dependencia y del empleador se constituye como un recurso contributivo que alimenta las arcas del IESS y cuyo destino es utilizado para el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social. Es coactivo y con destino específico.

La creación de esta prestación no resulta solo de la Ley sino de la propia Constitución de la República.<sup>155</sup> El Asambleísta Constituyente de Montecristi instauró un régimen –a nuestro criterio de carácter tributario- para el financiamiento de la seguridad social, aunque con implicaciones en torno a las que podría llegar a sortearse la aplicación de los principios tributarios como generalidad, reserva de ley y legalidad.

---

<sup>154</sup> Ver Horacio Corti, “Metodología para el análisis del tributo: Fundamento de un enfoque constitucional”, 37-68, en Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa, coords., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 39. Este autor dice que la metodología para estudiar el tributo no puede acotarse a las discusiones internas en torno, fundamentalmente a la oposición entre obligación tributaria y procedimiento, de imposición, sino que, por el contrario, hay que remontarse a experiencias históricas, controversias valorativas y debates epistemológicos que exceden el acotado de una rama jurídica.

<sup>155</sup> *Constitución de la República del Ecuador*, art. 371.

La Constitución de la República establece como deberes y responsabilidades de los ecuatorianos “*cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.*”<sup>156</sup> (énfasis añadido). Tal como prescribe esta norma, se verifica una separación del aporte a la seguridad social con el régimen tributario. Se presenta la utilización de la conjunción disyuntiva “y” que excluiría al aporte del tributo; sin embargo, decir aquello es una apresurada decisión por la que no queda advertida en sí la naturaleza jurídica del aporte a la seguridad social.

Una de las razones para que se haga esta separación obedece a la aplicación del principio de solidaridad que cobija al Sistema de Seguridad Social,<sup>157</sup> que implica que el trabajador y el empleador deban contribuir a establecer y sostener financieramente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El concepto de solidaridad se encuentra matizado por la imposición del Estado al trabajador y al empleador. La carga de aportar al seguro social que soporta el empleador nace de la ley. En la condición de empleador le corresponde pagar su cuota al IESS. No tiene la facultad de negarse a sufragar esta carga dineraria que pesa sobre él. Esta orden de pagar es exigida en dinero una vez cumplido el hecho generador. Es así que el aporte se enmarca como una prestación patrimonial pública de carácter fiscal. Su naturaleza reviste la condición de tributo por su coacción, que al alcanzar dicha posición conlleva a determinar su categorización.

Para responder sobre la categorización del aporte a la seguridad social es necesario separar la respuesta desde dos posiciones: la del empleador y la del trabajador. El derecho tributario focaliza su estudio en la estructuración de un tributo, busca definir la categoría a la que pertenece desde la formación del hecho generador.<sup>158</sup> Este supuesto de hecho contenido en la ley considerado como el elemento que da nacimiento a la obligación tributaria es la esencia diferenciadora de los impuestos, tasas y contribuciones especiales.

El empleador así como el trabajador tienen la obligación de aportar al seguro social al momento de existir una relación laboral. Tanto es así, que el legislador ha previsto como génesis de la obligación de aportar a la seguridad social la contratación del

---

<sup>156</sup> Constitución de la República del Ecuador, art. 83 num. 15.

<sup>157</sup> Ecuador, *Ley del Seguro Social*, art. 1 num. 1.

<sup>158</sup> Humberto Medrano Cornejo, “Hecho imponible y objeto del tributo”, 97-117, en Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa, coords., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI* (Madrid, Marcial Pons, 2008), 97.

trabajador para la prestación de un servicio subordinado y remunerado. Esta es la hipótesis fáctica por la cual la Ley de Seguridad Social grava al empleador.

Para Alejandro Ramírez, el hecho imponible “es [...] el hecho económico considerado por la ley sustancial como parte del elemento fáctico de la obligación tributaria. Su verificación por intermedio del hecho generador imputable a determinado sujeto, causa materialmente la obligación”.<sup>159</sup> Este concepto es útil para distinguir la naturaleza del aporte patronal. Primero, el aporte a la seguridad social no deviene por la actividad desarrollada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sino por un hecho aislado a la prestación del servicio a su cargo. Este aporte patronal no es una imposición por el ejercicio de la actividad prestacional que hace el IESS para el empleador.

Se visibiliza fácilmente que no existe relación entre el sujeto pasivo empleador y la actividad que desarrolla el IESS, corroborada tanto más por la lectura del hecho generador cuya configuración no opera en función de la actividad prestacional desplegada. Esto lleva a decir que el empleador tiene como carga un tributo no vinculado.

Gerardo Ataliba, al referirse al impuesto como un tributo no vinculado, indica que es aquel cuya hipótesis de incidencia consiste en un hecho distinto a la actividad estatal; mientras que, cuando existe actuación estatal, se está ante tributos vinculados.<sup>160</sup> Para Troya Jaramillo los tributos vinculados “son aquellos cuyo presupuesto de hecho consiste en una actividad estatal dirigida al particular”.<sup>161</sup>

Como categoría contraria a los tributos no vinculados están los vinculados. Cito a Eddy de La Guerra para extraer la contraposición dogmática entre estas categorías. Los tributos vinculados “son aquellos cuyo pago se produce por efecto de una actividad del Estado en calidad de contraprestación, de tal forma, que el pago del tributo es la consecuencia de recibir en forma directa un servicio o percibir un beneficio por efecto de una actividad inmediata y en teoría proporcional al pago [...]”.<sup>162</sup>

Con lo dicho se entiende claramente que los tributos vinculados son las tasas y las contribuciones especiales y los tributos no vinculados son los impuestos. Si manifestamos

---

<sup>159</sup> Alejandro Ramírez Cardona, *Derecho sustancial tributario* (Bogotá: Editorial Temis, 1982), 166.

<sup>160</sup> Gerardo Ataliba, *Hipótesis de Incidencia Tributaria* (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1977), 146.

<sup>161</sup> Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, 13.

<sup>162</sup> De la Guerra, *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*, 66.

que el aporte patronal no deviene de la actividad administrativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se descarta su configuración como tasa o contribución especial.

Este aporte patronal se asemeja mucho a un impuesto porque no existe una actividad dirigida para el aportante conforme se lee de su hecho generador. El impuesto es el instrumento generalmente utilizado para la obtención de recursos públicos. El Modelo de Código Tributario para América Latina lo define como: “El tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente.”<sup>163</sup>

En este caso el aporte se exige independientemente de la actividad estatal desarrollada por intermedio del IESS, lo que asemeja su composición a un impuesto. Al Derecho tributario no le interesa el destino del aporte, por lo que, al ser una característica ajena del tributo, el aporte patronal podría caber en dicha categoría atendiendo simplemente al hecho generador que es la contratación de un servicio subordinado y remunerado.

El aporte patronal es un sólido recurso de financiamiento para el servicio público de la seguridad social. Se ha determinado la razón de su exigibilidad, pero el criterio destino se ha omitido en este momento para solo aplicar la teoría del tributo. Resaltamos que el aporte obrero patronal proviene del ejercicio del poder de imperio del Estado y designa al IESS como sujeto activo del aporte.

En segundo lugar, el aporte del empleador se destina específicamente para el Sistema General de Salud Individual y Familiar, el Sistema General de Riegos de Trabajo y el Seguro de Pensiones en los que participa su trabajador como afiliado. Esta organización del Sistema del Seguro Social Obligatorio pone sobre la mesa una estructura que descarta la obligación de satisfacer la carga patronal como resultado del ejercicio de la actividad administrativa. Consecuentemente, el aporte patronal se asimila a un impuesto por reunir los requisitos que lo fundan como tal a la luz del Derecho tributario.

Esta es una conclusión preliminar basada en la teoría del Derecho tributario sin considerar el elemento destino del aporte patronal. En el acápite denominado caracterización ideal del aporte obrero patronal se plasmará la decisión de colocarle a esta exacción etiqueta tributaria.

---

<sup>163</sup> *Modelo de Código Tributario para América Latina*, art.10.

### 2.3. El aporte a la seguridad social desde la perspectiva del trabajador

En primer término recorro al hecho generador del aporte del trabajador para distinguir su naturaleza jurídica. El supuesto fáctico que recoge la norma para obligar al trabajador a aportar nace con la prestación de un servicio subordinado y remunerado que realiza para el empleador.

El legislador no ha diferenciado para cada uno de los intervinientes en la relación laboral dos hechos generadores, por el contrario el presupuesto de hecho es dual. Sirve como inicio de la obligación de aportar para el trabajador y empleador y visibiliza una contribución parafiscal.

Este aporte está construido con parámetros del Derecho tributario, identificándose elementos que son parte del tributo. Sobre su hecho generador subrayamos que el mismo no se basa en la actividad desarrollada por el IESS para con el obligado. Claramente se dice que nace como ocasión de un trabajo remunerado, pero el mismo no guarda armonía con el texto normativo que regula la seguridad social, por lo que a criterio del autor existe un desacuerdo en la positivización del hecho generador, dado que es evidente que el aporte es pagado por el despliegue de las actividades del IESS.

En este caso en particular no se puede sostener la categoría de impuesto del aporte del obrero porque entre el trabajador y el pago del aporte existe una relación de causalidad, por esta razón subrayo su naturaleza de tributo vinculado.

En este punto no basta analizar las características del tributo. Es imprescindible considerar el destino, criterio hacendístico que nos facilita distinguir la naturaleza jurídica de este aporte.

Catalina Hoyos señala que “La delimitación de la base gravable y de la tarifa de los tributos vinculados es necesaria para trasladar al campo jurídico el concepto de costo del servicio, al tiempo en que el hecho generador y los sujetos sirven para trasladar al mismo campo el concepto del destino del recurso”.<sup>164</sup>

El aporte del trabajador es específico por mandato legal. Este aporte financia las prestaciones del Sistema de Salud y el Sistema de Pensiones. Las prestaciones del sistema

---

<sup>164</sup> Catalina Hoyos Jiménez, “Tributos vinculados y parafiscalidad”, en Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa coords., *El tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI*, 785-819 (Buenos Aires: Marcial Pons, 2008), 794.

de salud se circunscriben en varias. En especie van desde asistencia médica hasta operatoria y en monetarias de pensiones por incapacidad temporal o permanente.

El costo de este servicio no se cuantifica para la aportación del trabajador y resulta indivisible para su cuantificación. No se toma como base gravable el costo real del servicio. Este dato impide asimilar esta exacción como tasa; el aporte del obrero no refleja una medida del costo de la actividad a financiar.

Por otro lado, el Sistema de Pensiones se construye sobre un régimen mixto que tiene como referencia la capitalización de los aportes en una cuenta individual del aportante (régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio) y la aportación para quienes accedan al beneficio de la jubilación con la premisa de igualmente ser sujetos del beneficio de aquella jubilación en su vejez (régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional).

Esta organización del Sistema del Seguro Social Obligatorio influye en su estructura como tributo. Más allá de la construcción normativa del aporte del trabajador como un tributo existe un régimen propio para su administración con implicaciones legales que obedecen a la naturaleza previsional del aporte a la seguridad social.

La teoría construida desde el Derecho tributario no es suficiente para acreditar la naturaleza jurídica tributaria del aporte del trabajador porque de la lectura a su hecho generador no se desprende objetivamente un elemento impositivo, dificultando el proceso de identificación tributaria al esconder su esencia.

No está expresamente consignado, pero es perceptible que el trabajador aporta por la realización de una actividad aseguradora que realiza el IESS. La base imponible no se sostiene por el costo razonable del servicio sino por la capacidad de renta; una renta cedular proveniente de la prestación de los servicios personales del trabajador.

El aporte del trabajador si bien se dirige a las arcas institucionales del IESS, tiene básicamente como objetivos: 1. Coadyuvar al gasto público del servicio de salud individual y familiar de los afiliados al IESS; y, 2. Capitalizar sus aportes como objeto de previsión. Su último cometido deslegitima la calidad de impuesto como instrumento para soportar un gasto público; sin embargo, la forma en la que la ley lo exige demuestra lo contrario y es concebible su naturaleza tributaria. Por estas razones resulta inoficioso sostener su categorización en la figura de impuesto.



La prestación pública por el servicio de Seguridad Social connota una administración paralela al Estado. Somos del criterio que el aporte del trabajador constituye una contribución parafiscal porque es una exacción creada por el poder de imperio del Ecuador, administrada y exigida por una entidad ajena a la esfera estatal, como es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y con beneficio para la comunidad de afiliados al Sistema del Seguro Social Obligatorio.

Además, estos recursos no entran al tesoro nacional, menos aún integran el Presupuesto General del Estado y no está destinada a cubrir el gasto público en general sino solo el ocasionado como producto de la actividad desplegada por el IESS y que beneficia estrictamente al conjunto de afiliados y/o beneficiarios.

#### **2.4. Caracterización idónea**

El aporte obrero patronal tiene su régimen propio y es regulado en una ley especial con contenido tributario. Su estructura normativa visibiliza la construcción jurídica tributaria al recoger elementos del tributo como hecho imponible, sujeto activo y sujetos pasivos, base gravable y cuantía.

Este aporte patronal es exigido por ley, no nace del concurso de voluntades, que existe al momento de la suscripción de un contrato de trabajo entre el trabajador y empleador, pero sí con ocasión de esa relación laboral ellos pagan un aporte a la seguridad social.

La obligación dineraria se sufraga en correlación con la prestación de un servicio subordinado y remunerado del trabajador que hace para el empleador aportante. Este es el hecho generador del aporte patronal que determina la ley y analizado desde la teoría del Derecho tributario es un tributo no vinculado porque el aportante en ningún caso sufraga una cuota por la actividad desplegada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

El hecho generador del aporte patronal no visibiliza la relación jurídica de los aportantes (empleador) con la actividad prestacional del seguro social. El legislador omite la utilización de elementos concordantes con la finalidad del aporte a la seguridad social. Aunque la ley no conecte la actividad desarrollada por el IESS para con el empleador, en

función al elemento material del hecho generador subsiste un elemento subjetivo respecto al empleador que debe señalarse.

El empleador aporta a la seguridad social para proteger a su trabajador ante las contingencias de enfermedad y riesgos laborales. Esta finalidad del aporte patronal debe priorizarse en función de los cometidos por los cuales nació el sistema de seguridad social.

Miguel Ángel Cevallos Hidrobo sostiene que “la contribución patronal se realiza a conciencia de que sirve para mantener a los trabajadores atendidos y asegurados, lo que se traduce en sanidad social dentro de la empresa y, por tanto, en rendimiento superior y más ventajoso”.<sup>165</sup>

Esta percepción es tangible y se consolida en la razón por la cual aporta el empleador a la seguridad social. Una analogía ejemplifica más esta posición. El empleador debe garantizar la operatividad de su empresa con la conservación y mantenimiento de la maquinaria, y en un plano mayor le corresponde proteger el elemento humano que, a más de las implicaciones sociales, permite garantizar un rendimiento mayor de su actividad laboral. El empleador aporta como consecuencia de la actividad protectora del IESS para sus trabajadores y no por la prestación del servicio personal del trabajador.

En términos tributarios, el aporte patronal es un tributo vinculado, pero no puede catalogarse como tasa, ni como contribución especial. Si bien el aporte patronal se asemeja a un impuesto no puede definirse como tal porque esta exacción no tiene *objeto imponible*. Se trata de una contribución parafiscal en función a los rasgos que la identifican como tal, subsumida en el género tributo.

El objeto imponible en términos planteados por Héctor Villegas constituye “La noción objeto económica del tributo quiere explicar lo siguiente: “existen hecho o situaciones que se configuran fácticamente pero que pululan en el campo de la extrajudicialidad tributaria, hasta tanto el legislador los convierta en hecho imponibles”.<sup>166</sup>

Abonando en el tema, Humberto Medrano Cornejo, sostiene:

El objeto del tributo es un concepto jurídico, desde el momento en que es captado por la ley y aunque debe distinguirse de la obligación tributaria que tiene por objeto una

<sup>165</sup> Miguel Ángel Cevallos Hidrobo, *La Seguridad Social en el Ecuador* (Quito: Universitaria, 1964), 202

<sup>166</sup> Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho financiero y tributario*, 235.

prestación de dar, generalmente en suma de dinero, es claro que existe una estrecha interrelación entre ambos, de modo que al diseñar la norma y elegir el objeto del tributo no puede dejar de tomarse en cuenta la incidencia que ello tendrá en la consiguiente obligación de dar y la forma en que revelará la aptitud económica del sujeto pasivos pues si, en un sentido, el objeto del tributo es gravar la riqueza del contribuyente, importa hacer referencia a la forma de establecerla.<sup>167</sup>

La falta de este elemento distorsiona la esencia del aporte patronal como impuesto, no grava ninguna manifestación de capacidad contributiva del empleador. No se encamina a gravar la renta del empleador por la actividad económica que desempeña. No se grava por el consumo de las prestaciones del seguro social que brinda el IESS y menos por un beneficio real y tangible para el empleador.

Esto pone de relieve lo inadecuado del texto de la Seguridad Social con respecto a la naturaleza jurídica del aporte patronal al recurrir al sueldo o salario del trabajador para establecer su objeto imponible y base imponible.

Con respecto al aporte del trabajador varía las circunstancias legales y se manifiesta no solo el objeto imponible y el elemento subjetivo del hecho generador porque hay claramente una relación entre el aportante trabajador con la actividad protectora del seguro social.

En este caso, el legislador escogió como materia gravada la remuneración del trabajador, lo cual implica tener como objeto una manifestación de riqueza proveniente de su esfuerzo laboral y solamente la que es producto de la prestación de su servicio remunerado para el empleador. Esto quiere decir que el aporte del obrero grava la renta como manifestación de verdadera capacidad contributiva del sujeto pasivo trabajador.

El aporte del trabajador toma como objeto una renta cedular y no global. Ahora sucede que la Ley de Régimen Tributario Interno contiene entre el conjunto de impuestos nacionales, el impuesto a la renta, cuyo objeto es “la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley”.<sup>168</sup> La misma ley define renta como: “1. Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título *oneroso*

---

<sup>167</sup> Humberto Medrano Cornejo, “Hecho imponible y objeto del tributo”, en Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa coords., t. II, *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, 97-117 (Madrid: Marcial Pons, 2008), 112.

<sup>168</sup> Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, 17 de noviembre de 2004, art. 1.

*provenientes del trabajo*, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios”.<sup>169</sup> (énfasis añadido)

Por lo tanto si existe un impuesto que grava la renta global, mal podría existir otro tributo que tome el mismo objeto imponible renta, así sea de tipo cédular. Así que llamar al aporte del trabajador impuesto equivale a aceptar la existencia de una doble imposición.

La doble imposición quebranta principios básicos del régimen tributario especialmente el de capacidad contributiva, llegando a ser confiscatorio en caso de resultar excesivo por menoscabar la fuente misma generadora de ingresos del trabajador.

Para Griziotti, se entiende como doble imposición “la imposición reiterada del mismo contribuyente o de la misma riqueza por la acción de una o varias jurisdiccionales fiscales cuando no hay más que una causa única para justificar el impuesto.”<sup>170</sup>

Sobre este mismo tema, Julio Roberto Piza Rodríguez dice que la doble imposición se observa una cuádruple identidad: “identidad material (una misma manifestación de capacidad económica), identidad subjetiva (atribuible a un mismo obligado tributario), identidad objetiva (es gravada por el mismo impuesto o impuestos análogos) e identidad temporal (en un mismo período temporal)”.<sup>171</sup>

Estos criterios se vuelven palpables al momento de llamar impuesto al aporte del trabajador porque grava el ingreso tal como lo hace el impuesto a la renta. Se atribuye la obligación de pago al trabajador tal como sucede en el impuesto a la renta en donde el trabajador en relación de dependencia figura como contribuyente por lo que resultan análogos el impuesto a la renta y el aporte del trabajador en razón del objeto imponible y la forma de imposición; y, corresponden al mismo período fiscal porque el impuesto a la renta es anual y el aporte a la seguridad social, aún cuando liquidado mensualmente puede ser entendido de manera consolidada en forma anual por cada ejercicio fiscal. Por esta reiterada imposición sobre los ingresos del trabajador con el impuesto a la renta y con el aporte del trabajador se descarta su naturaleza como impuesto.

<sup>169</sup> Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, art. 2 num. 1.

<sup>170</sup> Benvenuto Griziotti. *Controverses theoriques sur les recherches politiques, juridiques et économiques dans les finances et sur la question de la double imposition de l'épargne*, citado por Guillermo Ahumada. “Tratado de Finanzas Públicas, 4.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Plus Ultra, 1968) 289.

<sup>171</sup> Julio Roberto Piza. “La doble imposición internacional y las medidas adoptadas para evitarla”, en Julio Roberto Piza comp., *Curso de Derecho Fiscal*, 170-179, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 170.

En suma, rechazamos encuadrar al aporte obrero patronal en una de las figuras tributarias ortodoxas y más bien nos decantamos por llamarlo contribución parafiscal. El profesor Piza, a la luz de la definición legal en Colombia, considera a la contribución parafiscal como tributo y la define como aquella “que tiene su origen en el poder fiscal, se establecen por ley o con fundamento en una Ley, sin que el contribuyente pueda negarse a su pago, no hacen parte del Presupuesto General; el interés es de carácter colectivo y quienes sufragán dicho tributo son quienes se benefician en él y deben pertenecer a un grupo o sector”.<sup>172</sup>

Las razones expuestas llevan a descartar del aporte a la seguridad social su consideración como impuesto, tasa o contribución, siendo más bien una contribución parafiscal incluida, en todo caso, en el género tributario. Sintetizando tal caracterización podríamos destacar los siguientes elementos.

- Es exigido por ley y no por voluntad de empleadores ni trabajadores. El Ecuador en ejercicio de su poder de imperio ha procedido a estatuirlo.
- Es pagado por patronos y trabajadores que se constituyen como el grupo social que se beneficia de la actividad protectora de la seguridad social.
- La actividad protectora de la seguridad social es financiada por el aporte obrero patronal.
- Son recursos públicos administrados por un organismo público autónomo como es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- Son ingresos que no pertenecen al fisco y no se contabilizan en el presupuesto General del Estado.

Catalina Hoyos no rechaza la existencia de esta categoría tributaria, procurando en todo caso defender el principio de *excepcionalidad* a la hora de señalar el régimen jurídico aplicable a la parafiscalidad.<sup>173</sup>

Es justamente este principio recogido por la doctrina el que matiza la contribución parafiscal manifestada en el aporte obrero patronal, siendo su carácter excepcional una nota relevante, tanto más si se atiende la consideración que de la parafiscalidad realiza Ferreiro Lapatza para quien ésta no es otra cosa que:

---

<sup>172</sup> Julio Roberto Piza, “Tributo: concepto y clases”, en Julio Roberto Piza comp., *Curso de Derecho Fiscal*, 380-401, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 203.

<sup>173</sup> Hoyos Jiménez, “Tributos vinculados y parafiscalidad”, 817.

Un conjunto de tributos, más que un sistema, desordenado, que impide su utilización como instrumento del Estado, que entorpece la utilización del sistema fiscal, que impide cálculos económicos correctos, que aumenta, aunque sea disimuladamente, la presión fiscal sin responder a una idea coherente y que perturba, en definitiva, no sólo la actividad financiera del Estado, sino su total actividad administrativa, creando diferencias e intereses privados en los distintos organismos y cuerpos de funcionarios públicos.<sup>174</sup>

A partir de la nota de excepcionalidad se torna fundamental justificar la existencia de la contribución parafiscal, en este caso puntual el aporte a la seguridad social. Uno de los elementos que abona en ese sentido refiere a la constitución misma de la seguridad social, que pasó de prestación estatal a un derecho inherente al ser humano. El Estado no soportaba la elevada carga que implicaba sostener la seguridad social por lo recurrió a más de los impuestos a crear recursos afectados a gastos concretos mediante la expedición de leyes especiales con impronta tributaria que permitan cubrir las prestaciones de la seguridad social.

Esta fuente es exigida desde el nacimiento de la seguridad social en Ecuador. La historia nos muestra la necesidad legal de crear este recurso para el seguro social. Así se tornó imperativo el aporte obrero patronal con base en el principio de solidaridad que cobija el sistema de seguridad social y que de todas maneras ha venido a conmutar su naturaleza tributaria. En sí el establecimiento de este aporte por empleador y trabajador obedece a su pertenencia a la sociedad con el deber de coadyuvar a alcanzar fines sociales y la satisfacción de una necesidad pública como es la seguridad social.

## **2.5. Consecuencias de una caracterización idónea**

La definición del aporte obrero patronal como contribución parafiscal deriva consecuencias jurídicas, económicas y sociales.

El trabajador en relación de dependencia y el empleador conocerán explícitamente que sus aportes son el resultado de un ejercicio del poder de imperio del Estado y que su naturaleza fiscal está modulada por el principio de solidaridad del sistema de seguridad social.

---

<sup>174</sup> José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho financiero español*, 24<sup>va</sup> ed. (Madrid: Marcial Pons, 2004), 204.

Los administrados procurarán no ser objeto de abuso del poder fiscal frente al propio deber estatal porque la Seguridad Social es un servicio que le compete al Estado a través de un ente autónomo, como lo es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Conminará a la positivización de la definición del aporte obrero patronal para que se construya una estructura de carácter tributario con respecto a la relación jurídica del trabajador en relación de dependencia y el empleador con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Se buscará la aplicación del principio de reserva de ley y de legalidad, lo cual requerirá que la Asamblea Nacional establezca la tarifa del aporte obrero patronal y no instancias administrativas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que sin un procedimiento formal los define. Esto implica en las palabras del profesor Rubio Correa que sólo por norma de rango de ley se dicte lo esencial de los tributos.<sup>175</sup>

Impedirá que el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social modifique los porcentajes asignados a cada fondo de los seguros sociales correspondientes al Seguro Social Obligatorio, tal como lo hizo a través de la Resolución Nro. 501 del 13 de noviembre de 2015 en la que se dispuso la disminución del porcentaje asignado para el fondo del seguro de pensiones y el aumento del porcentaje del fondo del seguro general de salud con el objeto de lograr un mayor financiamiento para este último.<sup>176</sup>

Al definirse como contribución parafiscal se suma al conjunto de tributos vigentes en el país, y con ello la posibilidad de contar con una visión ajustada a la realidad sobre la presión tributaria que el Estado ejerce sobre sus contribuyentes. Al efecto, la presión fiscal se define como “la relación entre los ingresos que vienen dados por la recaudación tributaria del Gobierno central (impuestos internos y externos), de los gobiernos subnacionales o autónomos descentralizados (impuestos, tasas y contribuciones) y, las contribuciones a la Seguridad Social con la actividad económica medida a través del Producto Interno Bruto (PIB) en precios corrientes”.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> M. Rubio Correa, *El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional* (Lima: Palestra Editores, 2006), 100.

<sup>176</sup> Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Resolución No. 501*.

<sup>177</sup> Heidy Ocampo, *La presión fiscal en América Latina. Una descripción de sus componentes y factores*, Notas de reflexión Nro. 45 (s.l.: Centro de estudios fiscales/SRI, 2017): 2.

Conocidos los componentes, se presenta el siguiente cuadro tomando únicamente la referencia de la imposición fiscal dada por el Gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados.

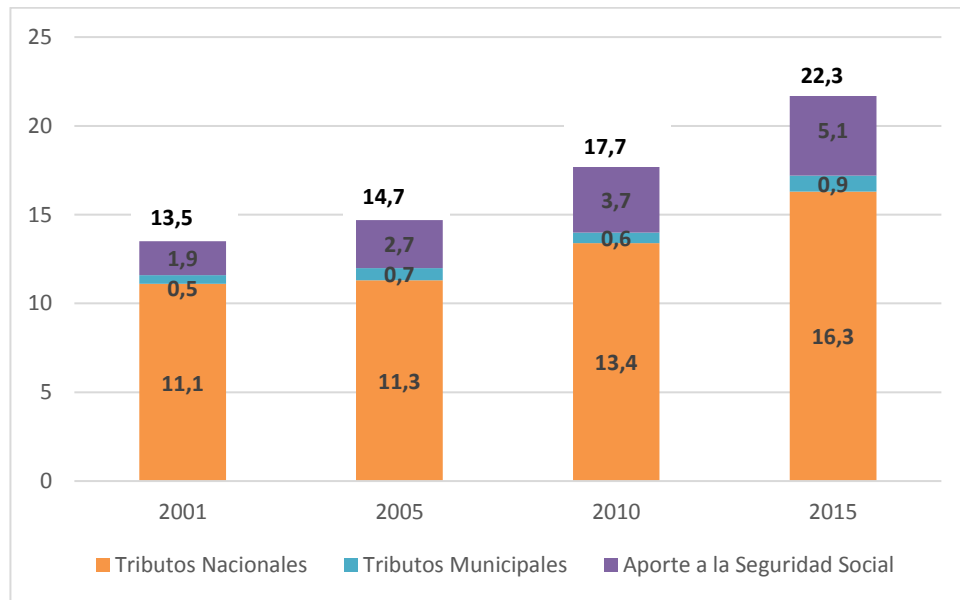


Gráfico 1. Presión tributaria en Ecuador

Fuente: Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. Elaboración propia

Este cuadro refleja la variación sustancial de la presión tributaria a causa del aporte obligatorio del trabajador y empleador que sumados con los impuestos nacionales a los que pertenece el impuesto a la renta y los tributos municipales, eleva la carga tributaria en el país. Este cuadro evidencia el aumento progresivo de la presión tributaria a causa de una mayor imposición sobre el aporte a la seguridad social desde la expedición de la Ley de Seguridad Social que data del año 2011 hasta el ejercicio fiscal 2015.



## Conclusiones

El aporte obrero patronal es una prestación patrimonial pública por devenir de una prescripción normativa, en este caso por la ley, con el objetivo de satisfacer un servicio público como es la seguridad social. No existe contraposición dogmática en denominar así al aporte obrero patronal por su constitución como ingreso de derecho público.

La naturaleza del aporte obrero patronal es tributaria porque se construye con base en la teoría del tributo en función a su exigibilidad y coacción, y por recoger los elementos hecho generador, sujetos pasivo y activo, base imponible y tarifa, advirtiendo su estructuración con ciertas modulaciones.

Para responder la interrogante sobre la naturaleza jurídica del aporte obrero patronal se debe apelar a la conjunción del derecho tributario con criterios de la ciencia de las finanzas públicas, tales como destino y costo del servicio para arribar a la conclusión de su categorización como contribución parafiscal.

El aporte obrero patronal contiene las notas esenciales de la contribución parafiscal por su exigibilidad que nace de la ley como resultado del ejercicio de poder de imperio del Estado, por ser pagado exclusivamente por los patronos y trabajadores que se constituyen como el grupo social que se beneficia de la actividad protectora del IESS, por servir como recurso para financiar únicamente a las prestaciones que encierra el derecho a la seguridad social, y por ser un recurso público administrado por una institución autónoma distinta al Estado central y cuya cuantificación no entra al presupuesto general.

El aporte obrero patronal exigido desde una ley especial tiene impronta tributaria. Su presencia abona a la configuración de una hacienda paralela a la estatal para solventar el gasto público relacionado estrictamente con el financiamiento de los seguros sociales propios del Sistema de Seguridad Social Obligatorio. El aporte voluntario no se incorpora en esta categorización por su voluntariedad y no exigibilidad, empero matiza la naturaleza del aporte obrero patronal al buscar obtener un concepto global de aporte a la seguridad social.

Desde la visión del tributario alejado de todo concepto hacendístico y revisando únicamente el hecho generador del aporte obrero patronal en función del principio de legalidad se puede señalar su proximidad al impuesto porque su exigibilidad nace por la

prestación de un servicio remunerado del trabajador en relación de dependencia para el empleador y no por la actividad desplegada del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para sus aportantes.

Resulta imprescindible revisar la estructura normativa del aporte obrero patronal con los lentes del empleador y trabajador para denotar el vínculo de aporte con la actividad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la misma que no se visibiliza de la lectura del hecho generador en la Ley y de tal manera facilite realizar una aproximación teórica hacia las categorías tributarias ortodoxas.

El aporte patronal se aproxima a la categoría de impuesto. Sin embargo, se rechaza su caracterización como tal debido a la ausencia del objeto imponible para configuración. La ley no grava una manifestación de riqueza para el empleador. No grava su renta (ingresos de su actividad laboral), no grava el consumo porque no paga al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por las prestaciones en especie o dinerarias consumidas por sus trabajadores. No grava el patrimonio porque no se da la imposición con base en el capital o activos del empleador.

El aporte del trabajador expresa el gravamen sobre una renta cedular. El objeto imponible es la manifestación de riqueza producto de los ingresos por sus servicios personales y remunerados para con el empleador. El aporte del trabajador reúne todos los elementos del tributo y se visibiliza su connotación tributaria. No obstante, no puede ser un impuesto afectado dada la existencia de un impuesto a la renta que toma como concepto de renta global los ingresos del trabajo, caso contrario implicaría una doble imposición para el aportante trabajador.

Al ser un tributo vinculado su proximidad a la tasa o a la contribución especial no es admisible. No se trata de una tasa porque el servicio público que financia no es divisible para cada contribuyente. La determinación y liquidación del aporte tampoco guarda equivalencia con el costo del servicio, no hay razonable equivalencia entre aporte y servicio público prestacional. No se trata de una contribución especial porque el beneficio o ventaja atribuido a determinado destinatario, criterio elemental en esta figura, no se presenta en el aporte obrero patronal. En el caso que se asuma la existencia de un beneficio por la acción protectora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, éste no es divisible, concreto y mensurable.

## Bibliografía

### Publicaciones

- Ahumada, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*. 4<sup>ta</sup> ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1968.
- Albi Ibáñez, Emilio y José García Ariznavarreta. *Sistema fiscal español*. Vol. 2. 11<sup>va</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1996.
- Aparecida Cardo, Claudete. *Direito Tributario*. Sao Paulo: José Bushatsky, 1971.
- Asamblea Nacional. “Informe proforma del Presupuesto General del Estado 2016”. Quito, 12 de noviembre de 2015.
- Ataliba, Geraldo. *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1977.
- Berliri, Antonio. *Principios de derecho tributario*. Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1964.
- Borras, Giampietro. *Las tasas en la hacienda pública*. Montevideo: Martín Bianchi, 1959.
- Calvo Ortega, Rafael. “Los agentes sociales frente a la externalización de los servicios tributarios: ventajas y desventajas”. En Fernando Serrano Antón, dir., *La externalización de los servicios tributarios*. Madrid: Thomson Reuters, 2009.
- Carrión Benítez, Jorge. “La parafiscalidad en los países miembros de la Comunidad Andina”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.  
<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/377>
- Casás, Osvaldo. “Principios jurídicos de la tributación”. En Horacio García Blesune, dir. *Tratado de tributario. Derecho tributario*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Cevallos Hidrobo, Miguel Ángel. *La Seguridad Social en el Ecuador*. Quito: Universitaria, 1964.

- Córdova, Alex. “El concepto de tributo: El principio de capacidad contributiva y el mito de los tributos medioambientales”. En Mauricio Plazas Vega, coord. *El derecho de la hacienda pública al derecho tributario*, vol. II. 75-107. Bogotá: Temis /Jovene, 2011.
- Corral, Carmen. “Situación del sistema de pensiones en el Ecuador, la perspectiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros”. En Betty Espinosa coord. *Mundos del Trabajo: pluralidad y transformaciones contemporáneas*. 127-147. Quito: FLACSO, 2008.
- Corti, Horatio. “Metodología para el análisis del tributo: Fundamento de un enfoque constitucional”. 37-68. En Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa, coords. *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Cosciani, Cesare. *Ciencia de la Hacienda*, 8<sup>va</sup>. ed. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1980.
- De la Garza, Sergio. *Derecho financiero mexicano*. México D.F.: Porrúa, 1985.
- . *Derecho financiero mexicano*, 27.<sup>a</sup> ed. México D.F.: Porrúa, 2006.
- De la Guerra, Eddy. *El Rol de los Ingresos Tributarios en las Finanzas Públicas Ecuatorianas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- Ferreiro Lapatza, José Juan. *Curso de derecho financiero español*. 16<sup>va</sup>. ed. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- . *Curso de derecho financiero español*, 24.<sup>a</sup> Ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- García Belsunce, Horacio. *En defensa de las instituciones*. Buenos Aires: LexisNexis Argentina, 2007.
- García Novoa, César. *El concepto de tributo*. Lima: Tax Editor, 2009.
- García Vizcaíno, Catalina. *Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- Giannini, Achille Donato. *Instituciones de derecho tributario*. Madrid: Ed. de derecho tributario, 1957.
- Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1976.

- . “Acerca de la Llamada ‘Parafiscalidad’”. En Susana Camila Navarrine, dir., *Derecho Tributario: Doctrinas Esenciales 1936-2010*. T. II: 873-900. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- González García, Eusebio. *Concepto actual del tributo: Análisis de Jurisprudencia*. Navarra: Arazandi, 1996.
- González Sánchez, Manuel. “Los sujetos pasivos”. En Andrea Amatucci dir., T. II. *Tratado de Derecho Tributario: El Estado, los entes locales y otros sujetos*. Bogotá: Temis, 2001.
- Goyes Moreno, Isabel y Mónica Hidalgo Oviedo. *Principios de la Seguridad Social en Pensiones*. Nariño: Universidad de Nariño/CIESJU, 2012.
- Hoyos Jiménez, Catalina y Luis Botero. *Naturaleza jurídica y características de las exacciones parafiscales*. Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1999.
- . “Tributos vinculados y parafiscalidad”. En Mauricio Plazas Vega coord. *Del Derecho de la hacienda Pública al Derecho Tributario*, 2<sup>da</sup> ed.: 532-87. Bogotá: Temis / Jovene, 2011.
- . “Tributos vinculados y parafiscalidad”. En Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa coords. *El tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI*. 785-819. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- Insignares Gómez, Roberto. *Curso de derecho fiscal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. *Historia del seguro social ecuatoriano*. s.l.: IESS, 1984.
- Jarach, Dino. *Finanzas públicas: esbozo de una teoría general*. Buenos Aires: Cangallo, s.f.
- . Análisis del Código Tributario para América Latina. Citado por Gustavo Diez, “Tasas y contribuciones especiales”. En Vicente Días dir. *Tratado de Tributación*. T. II. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- . “El hecho imponible”. *Revista de Jurisprudencia*. 1943.
- Jiménez González, Antonio. *Lecciones de Derecho Tributario*. México D.F.: Edic. Contables y Administrativas, 1985.

- Massone Parode, Pedro. *Principio de Derecho Tributario*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1975.
- Medrano Cornejo, Humberto. “Hecho imponible y objeto del tributo”. 97-117. En Catalina Hoyos Jiménez y César García Novoa, coords. *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Michelli, Gian Antonio. *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1975.
- Montano Galarza, César y Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo. *Derecho Tributario Municipal Ecuatoriano. Fundamentos y prácticas*. Quito: UASB-CEN, 2014.
- Montero Traibel, José Pedro. *Derecho tributario moderno*. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1977.
- Ocampo, Heidy. *La presión fiscal en América Latina. Una descripción de sus componentes y factores*. Notas de reflexión Nro. 45. S.I. Centro de estudios fiscales/SRI, 2017.
- Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Revista Nro. 1. Madrid: 1976.
- Organización Internacional del Trabajo. *Administración de la Seguridad Social*. edit. C. Solorio. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2001.  
[https://books.google.com.ec/books?id=GAWbeY6wqwC&pg=PA6&dq=la+administracion+de+la+seguridad+social&hl=es&sa=X&redir\\_esc=y#v=onepage&q=la%20administracion%20de%20la%20seguridad%20social&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=GAWbeY6wqwC&pg=PA6&dq=la+administracion+de+la+seguridad+social&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=la%20administracion%20de%20la%20seguridad%20social&f=false).
- Pérez de Ayala, José Luis y Eusebio González. *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Edit. de Derecho Financiero, 1976.
- Pérez de Ayala, José y Narciso Amoros Rica. *Hacienda Pública: (Apuntes)*. Caracas: Ed. de Derecho Financiero, s.f.
- Pérez Royo, Fernando. “Ingresos tributarios a la seguridad social”. En José Juan Ferreiro Lapatza coord.. *Curso de Derecho Tributario*. 18.<sup>a</sup> ed. 917-37. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- . *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 13.<sup>a</sup> ed. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2013.

- Piza, Julio Roberto. “La doble imposición internacional y las medidas adoptadas para evitarla”. En Julio Roberto Piza comp. *Curso de Derecho Fiscal*. 170-9. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- . “Tributo: concepto y clases”. En Julio Roberto Piza comp. *Curso de Derecho Fiscal*. 380-401. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. T. II, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2017.
- . *El impuesto sobre el valor agregado IVA*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 1998.
- Posso Zumárraga, Manuel. “La seguridad social en el derecho comparado”. *Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador*. Octubre de 2007.
- Queralt, Juan Martin y otros. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 16.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- Ramírez Cardona, Alejandro. *Derecho sustancial tributario*. Bogotá: Temis, 1982.
- Ruan Santos, Gabriel. “Las exacciones parafiscales”. En Mauricio Plazas Vega, coord., *Del Derecho de la hacienda Pública al Derecho Tributario*, t. II. 2.<sup>a</sup> ed. (486-531). Bogotá: Temis / Jovene, 2011.
- Rubio Correa, Marcial. *El concepto de tributo y de reserva legal tributaria para el Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2006.
- Serrano Antón, Fernando. “La Recaudación en período ejecutivo: Concepto: Naturaleza y aspectos organizacionales”. En Fernando Serrano Antón dir. *Recaudación ejecutiva y hacienda local*. Madrid: Thomson Reuters/ Civitas, 2008.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *Manual de Derecho Tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- . *Derecho Tributario Internacional*. vol. 4. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.
- Ramón Valdés Costa. *Curso de derecho tributario*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996.
- Villegas, Héctor. *Manual de Finanzas Públicas*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000.

———. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

## **Normativa**

Colombia. *Ley 100 de 1993*. Diario Oficial 41.148, 23 de diciembre de 1993.

Colombia. *Ley 225 de 1995 que modifica Ley Orgánica de Presupuesto*. Diario Oficial 42.157, 20 de diciembre de 1995.

Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991.

Ecuador Cámara de Diputados. *Acta número Nro. 21 de la Sesión Ordinaria sobre Exposición de motivos de reformas a la Ley de Jubilación y Montepío Civil*. Quito, 07 de septiembre de 1934.

———. *Acta número Nro. 39 de la Sesión Ordinaria sobre Tercera discusión sobre el proyecto de reforma a Ley de Jubilación y Montepío Civil*. Quito, 28 de septiembre de 1928.

Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Resolución No. 501*. Registro Oficial 703, 2 de marzo de 2016.

Ecuador. *Código Tributario*. Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Decreto Supremo Nro. 517*. Registro Oficial, 19 de septiembre de 1963.

Ecuador. *Ley de Jubilación, Montepío, Ahorro y Cooperativa Seguridad Social*. Registro Oficial 590, 13 de marzo de 1928.

Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial 463, 17 de noviembre de 2004.

Ecuador. *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001.

Ecuador. *Ley del Seguro Social Obligatorio*. Registro Oficial 574, 25 de julio de 1942.



Ecuador. *Ley que crea el Seguro General Obligatorio y establece el Instituto Nacional*. Registro Oficial 10, 8 de octubre de 1935.

España. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado 311,29 de diciembre de 1978.

España. *Ley General de la Seguridad Social*. Boletín Oficial del Estado 261, 31 de octubre de 2015.

España. *Ley General Tributaria*. Boletín Oficial del Estado 302, 18 de diciembre de 2003.

México. *Código Fiscal de la Federación*. Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1981.

México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 05 de febrero de 1917.

México. *Ley del Seguro Social*. Diario Oficial de la Federación, 21 de diciembre de 1995.

*Modelo de Código Tributario para América Latina*, 1967.

## **Jurisprudencia**

España Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo. Sentencia 1.475/1985. Repositorio Oficial de Jurisprudencia STS 1883/1991, 27 de marzo de 1991.